

LES CONCEPTIONS DU CRIME POLITIQUE

SOUS LA
RÉPUBLIQUE ROMAINE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 14 décembre 1934, à 14 heures

PAR

A. MELLOR

JURY { *Président* M. G. COLLINET, *professeur*,
 { *Suffragants* MM. NOAILLES, *professeur*
 LEVY-BRUHL, *professeur*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS (V°)

1934

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté entend ne donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces
opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*

LES CONCEPTIONS DU CRIME POLITIQUE

SOUS LA
RÉPUBLIQUE ROMAINE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 14 décembre 1934, à 14 heures

PAR

A. MELLOR

JURY... { *Président* M. G. COLLINET, *professeur.*
 { *Suffragants* { MM. NOAILLES, *professeur.*
 LEVY-BRUHL, *professeur.*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, rue Soufflot, PARIS, (V°).

1934

*37069



AU BATONNIER WILLIAM THORP

*En respectueux et amical
hommage.*

AVANT-PROPOS

« Par le droit romain et au delà ! »

IHERING.

Il existe, en doctrine pénale, deux conceptions du crime d'Etat. Dans celle de ces deux conceptions qui a inspiré le Législateur du XIX^e siècle, le criminel d'Etat est un penseur et un homme « de bonne compagnie ». Son crime porte le nom de « délit politique » dans un sens détourné quant à l'étymologie, voire celui de « délit d'opinion ». On lui oppose le délinquant « de droit commun ».

Cette doctrine est issue, avec une rectitude logique qu'il faut constater, de l'abandon du principe de légitimité par le droit public.

Il nous a paru intéressant, à une époque où ces théories déclinent déjà dans certaines législations étrangères, de leur opposer la doctrine inverse, dans laquelle le délit contre l'Etat, par son étendue, entraîne les conséquences pénales les plus rigoureuses ; par l'intention révolutionnaire de l'agent, comporte la criminalité la plus gravement coupable, et (l'Etat ne doutant pas de sa légitimité !), mérite le dernier supplice.

Eternel conflit entre la Liberté et l'Autorité ! Toute l'histoire des Etats n'est, et la remarque n'est pas neuve, qu'une mystérieuse oscillation entre ces deux pôles.

La doctrine de l'Autorité, pourvu qu'elle soit légitime ou qu'au moins elle proclame sa légitimité pour être logique avec elle-même puisqu'elle détient le pouvoir, est celle pour laquelle nous confessons une nette préférence.

C'est sur elle, aux deux premiers siècles avant notre ère, que repose le droit romain, dont nous n'hésitons pas à nous dire l'admirateur passionné.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DU CRIME D'ETAT

La légende attribue à Romulus la première loi sur le crime d'Etat ¹, et il faut retenir le symbolisme d'une telle désignation.

Ce n'est pas le lieu ici de discuter la difficile question de l'authenticité des *leges regiae*, où cependant l'opinion de P.-F. Girard ² nous semble la plus critique.

Quoi qu'il en soit, la pseudo-législation royale demeurant hypothétique, il ne saurait être question pour nous de suivre les anciens interprètes dans leurs disputes d'attributions législatives à tel ou tel roi de Rome, ni d'admettre l'historicité de la *lex* « *horrendi carminis* » que nous étudierons à propos du texte où le mot latin servant à désigner le crime d'Etat (*perduellio*) apparaît appliqué à l'espèce la plus antique dans l'histoire romaine : la légende d'Horace. Le passage qui la relate fournira cependant un argument de texte considérable ; nous y soutiendrons d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'un crime d'Etat.

Les sources légendaires rejetées, pour étudier les ori-

1. Cf. chapitre suivant.

2. Girard, *Textes de droit romain*, p. 3, 4, 5.

3. Tite-Live, I, 26.

gines du crime d'Etat en droit romain, quels sont donc nos véritables éléments de solution ?

A notre sens, il y en a deux :

1° les données historiques et les origines romaines elles-mêmes ;

2° le passage de Tite-Live, I, 26, considéré comme argument de texte.

Nous consacrerons un paragraphe à chacun.

§ 1. — LES DONNÉES HISTORIQUES.

La translation des pouvoirs de la famille dans l'Etat est, on peut le dire, l'origine naturelle des fédérations politiques ; et la philosophie politique, qui, rattachant la royauté à la famille, voit en elle le type normal de gouvernement, exprime moins une théorie constitutionnelle qu'elle ne constate une loi de la nature ; la logique avec laquelle la royauté se relie à la famille dans l'expression des principes, procède de celle avec laquelle ces deux institutions se relient dans l'histoire.

L'Etat romain est issu, on le sait, de la *domus*. Suivant la phrase profonde de Mommsen : « De même que pour reconnaître le fleuve, il faut garder le souvenir de sa source, de même on ne peut bien comprendre le droit pénal romain que d'après le fondement du régime disciplinaire de la *domus*. La puissance domestique est l'embryon du pouvoir public et le chef de la *domus* le modèle du magistrat. »¹

1. Théorie combattue par M. Strachan Davidson, *Problems of the roman criminal law*, I, 28-29. D'après M. Strachan Davidson qui s'appuie sur Ihering, *Geist der römischen Rechts* (I, 259) la royauté ne serait pas d'origine domestique et la structure gentilice serait radicalement républicaine (*in it's roots*). Il ajoute que si telle avait été la conception romaine, les rois se seraient targués de descendre de Romulus.

Rien de classique comme la notion de cette fameuse *patria potestas* dont Gaius remarquait déjà l'étendue quasi-illimitée¹.

Comme dans toutes les races aryennes, elle a pour base le culte des *sacra*. Tout comme les cultes publics, chaque religion domestique connaissant ses rites propres, ses fêtes², peut-être son ésotérisme. Le *pater* était, suivant l'expression de M. Cuq³ « à la fois le prêtre, le magistrat et le maître de la famille ».

Outre la garde des *sacra* il avait, dans ce qu'on nous pardonnera de nommer l'ordre temporel, une puissance sans limites, dont le droit privé porte une trace indéniable : l'évolution de la copropriété gentilice vers la pleine propriété du *pater*. Assurant l'ordre sous toutes formes, il est par là même investi d'un droit illimité de représentation. Il l'est seul. Les cas où il l'exercera sont logiquement au nombre de deux : d'abord comme médiateur entre les *alieni juris* en sa puissance, ensuite lorsqu'il est lui-même lésé par l'un d'eux. Ce second cas est de beaucoup le plus important, tant parce que le caractère direct du tort causé appelle immédiatement une réaction que parce que l'outrage atteint les dieux domestiques.

Nous ne suivrons pas cette opinion qui ne repose que sur un argument d'autorité, et sur une supposition toute personnelle. Au reste l'auteur conclut lui-même de façon assez voisine de Mommsen qu'il attaque : « The relation between the two jurisdictions is one of resemblance and parallelism, not of origin and development. » (*loc. cit.*). De plus l'opinion citée de Ihering se heurte à Macrobe, *Sat.*, I, 6 où il est question du *Princeps Corneliae gentis*.

1. Gaius, *Instit.*, I, 55. « ... fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Idque divus Hadrianus edicto quod proposuit de his qui sibi ab eo civitatem romanam petebant, significavit.

2. Macrobe, *Sat.*, I, 16. Sunt praeterea feriae propriae familiarum ut familiae Claudiae vel Æmiliae, seu Juliae sive Corneliae : et si quas ferias proprias quaeque familia ex usu domesticae celebritatis observat.

3. Cf. Cuq., *Institul.*, p. 134 et suiv. Cette conception a aussi été celle du vieux droit grec. Cf. Glotz, *Solidarité dans la famille* p. 31 et suiv.

Transportons dans la primitive fédération romaine ces données.

Le *rex* nous apparaît comme un décalque public du *pater*. Comme lui, il exerce sa haute médiation, *inter patres*¹. Comme la *patria potestas*, l'*imperium* sera déclenché plus sûrement encore par l'atteinte à la personne royale ; comme le *pater* amoindri dans sa dignité de père domestique, la majesté royale souffrira une diminution criminelle dans toute atteinte à son sacerdoce public.

Il est un troisième cas où dans leurs sphères respectives, le *pater* et le *rex* interviennent : contre l'étranger qui lèse soit leur majesté même, soit une personne en leur puissance.

Entre l'offense faite au *rex* par un Romain et celle d'un étranger, il va sans dire que la différence territoriale ne joue pas un rôle essentiel. Au fond, l'intention est la même ; elle consiste à faire acte d'hostilité à l'égard du magistrat suprême, donc de la Communauté romaine incarnée en sa puissance publique. La répression du crime, modelée sur sa perpétration comme la logique l'exige, verra dans un premier cas l'ennemi extérieur, dans l'autre l'ennemi du dedans ; et la forme de droit public de la légitime défense, c'est-à-dire le droit de guerre, sera la riposte immédiate, qui par sa violence juste repoussant la violence injuste, maintiendra l'ordre romain. Cette identité absolument complète entre l'ennemi et le criminel d'Etat est dans la logique d'un Etat qui ne discute pas sa légitimité parce qu'il l'assume. A

1. Ce sera l'origine de l'ancien type de *legis actio*, en droit privé : le *sacramentum*.

aucune époque le droit romain ne connaîtra la sophistiquée distinction moderne du délit « politique » et du délit de droit commun, même si le crime d'Etat est dans l'intention de son auteur, l'accomplissement d'un devoir. Il est probable que si on lui avait soumis la théorie moderne d'un crime politique estimable pour une telle raison, l'illustre Q. M. Scaevola aurait répété sa fameuse réponse : « Nihil hoc ad jus. Ad Ciceronem ! » La logique romaine répugnait à de telles discussions dont l'aboutissement aberrant est qu'au ^{xx}e siècle le type de crime le plus grave, celui contre l'Etat, est le moins puni de tous.

Il y a toute la distance du faux au vrai entre les *Droits de l'homme* et la « *Raison écrite* ».

A l'époque pré-juridique, où il n'y a encore ni classifications pénales ni analyse par la doctrine, les actes « antisociaux » ne subissent qu'une répression *de fait*. Il faudra tout le développement de la pensée juridique pour aboutir à la loi : « *Poena non irrogatur* » de Paul qui est à la base du code universel. Point de faits punissables. Il n'existe que des faits punis. L'idée d'ordre social troublé qui est le fondement *philosophique* des techniques répressives postérieures est, avant les premiers balbutiements des XII Tables le fondement *juridique* si on attribue ce caractère à la coutume, ainsi qu'il est d'ailleurs rationnel de l'admettre. Une seule activité sociale existe : la force ¹. Point de déterminations légales. Sera délit ce que la force réprimera ². L'esprit primitif ignore le droit pénal.

1. Juridiquement qualifiée de « *coercitio illimitée* » par Mommsen.

2. Qu'est-ce, sinon un retour à ce stade préjuridique que la conceptino du Bas Empire et de la puissance impériale : *Quod libet, licet* ?

On ne peut inférer, tant au point de vue historique qu'au point de vue linguistique même qu'une conséquence de cette absence générale de critérium, c'est que l'arbitraire étant la réalité unique, la répression tout entière repose sur une notion unique, sur un mot unique. Ce n'est point là une conjecture seulement, mais une nécessité rationnelle. Suivant la vigoureuse définition d'Ammonius ¹... Τά τε ἔκφωνουμένα σύμβολα εἶναι τιθέται τῶν νοουμένων καὶ τὰ γράφόμενα τῶν ἔκφωνουμένων.

Ce concept unique que l'examen historique permet à l'intelligence d'induire, un mot, un vocable unique a dû servir dans la vieille langue romaine à le désigner, et il n'est en rien absurde de le croire irrévocablement perdu dans la partie que le temps a préservé de l'immense destruction des textes anciens. Mais, suivant la formule d'Aulu-Gelle : « Nam longa aetas verba atque mores veteres obliteravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est » ².

Il faut chercher.

§ 2. — LE PASSAGE DE TITE-LIVE, I, 26.

Si nous ouvrons Tite-Live, I, 26, nous y lisons à la suite du récit d'Horace fraticide puis traîné « *in jus* » devant le roi, le passage suivant :

« Duumviros inquit, qui Horatio PERDUELLIONEM judicent secundum legem, facio. — Lex horrendi carminis erat : *Duumviri PERDUELLIONEM judicent. Si a duumvi-*

1. Ammonius, *In Periherm*, f. 19a et 20a.

2. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1.

ris provocabit, provocatione certato : si vicent, caput obnubito. Infelici arbori reste suspendito. Verberato vel intra pomoerium vel extra pomoerium.

Hac lege duumviri creati, qui se absolvere non reban-tur ea lege ne innoxium quidem posse, quum condemnassent, tum alter ex his : « P. Horati, tibi PERDUELLIONEM judico, inquit, I, lictor, colliga manus. » Accesserat lictor injiciebatque laqueum. Tum Horatius, auctore Tullo, clemente legis interprete : « Provoco. » inquit. Ita de provocatione ad populum est. »

L'établissement du texte lui-même ne donne lieu dans aucune édition à des discussions sur la lecture *perduellionem* qui est le nœud de la difficulté.

Il est incontestable que le mot *Perduellio* signifie « crime d'Etat » dans le latin classique ; cette acception du mot a pour elle toute la tradition romaniste¹ fondée sur des textes anciens irrécusables.

A propos du crime imputé à Manlius Capitolinus, et qui n'est, de toute évidence, analysable que par la notion de crime d'Etat, Tite-Live lui-même écrit : « *Sunt qui per duumviros, qui de perduellione anquirent, creatos...*, etc. »².

C'est également ce sens qui ressort, comme nous le verrons au chapitre 3, du *Pro Rabirio*, de Cicéron³.

Ulpien, dans un passage du livre VIII de ses *Disputationes* rapporté au Digeste, passage non suspect d'interpolation, l'emploie dans ce sens à propos de la loi Ju-

1. Accurse, cité par Pothier (cf. *infra*) ; Cujas, *Paratitl. in Lib. C. J. Lit-VIII* ; Pothier, *Pandect.*, 48, 4, *ad leg. Juliam maj. de perduellione* ; Momm. *sen, Dr. pén.*, II, 235-236. ; P. F. Girard, *Organis. judic. des Romains*.

2. Tite-Live, VI, 20. Cf. aussi XXV, 3, 4.

3. Cicéron, *Pro Rabirio*, III. « Nam de perduellionis judicio, quod a me sublatum esse criminari soles... »

*lia Majestatis*¹ qui est la base légale du crime d'Etat à l'époque classique.

Les gloses gréco-latines² définissent le mot *perduelliones* : οἱ κατὰ τοῦ δημοῦ των Ῥωμαίων βουλευόμενοι ἢ κατὰ Βασιλέων ou encore par le mot grec « ἀντάρτης »³ et en l'accompagnant du mot « *rebellio* » comme synonyme.

Au iv^e siècle, saint Jérôme, à propos d'une rébellion contre l'Etat romain emploie le mot *perduellio*⁴.

Tel est le sens indiscutable du mot latin classique, Faut-il donc voir un crime d'Etat dans le fratricide d'Horace ? Certains auteurs l'ont pensé, mais cette opinion semble néanmoins inacceptable, l'assassinat n'ayant ce caractère en droit classique que lorsqu'il est perpétré sur la personne impériale ou sur un magistrat.

Examinons les explications données au passage de Tite-Live⁵.

Sigonius⁶ écrit : « P. autem Horatii tum de parricidio interrogantes sunt lege Numae quae fuit : « Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto. » Parricidam scilicet vocavit, auctore Festo non qui parentem occidisse diceretur, sed qualemquemque hominem... Actio tamen instituta est ex lege quam tum rex Tullus tulit, qua lege creati duumviri sunt ut perduel-

1. Ulpien, *Dig.*, XLVIII, *ad leg. Jul. Majest.*, 4, 11.

Il est à noter que dans ses *Disputationes*, Ulpien étudiait des sources plus anciennes, et on peut y voir même l'origine de son œuvre. Cf. Krueger, *Histoire des sources du droit romain*, p. 295. Cf. aussi *Dig.*, III, 2, 11, 3. « Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati... »

2. Götz, II, 146 cit. par Mommsen, *Dr. pén.*, II, p. 236, n. 2. Cit. par Cujas (II, 589) *loc. cit.* : *De crimine perduellionis*, D. Hieronymus in Matthaëum, cap. 27. « Ego quidem innocentem volui liberare, sed etiam seditio oritur, et perduellionis mihi contra Caesarem crimen impingitur. »

4. Cit. par Cujas, *ibidem*.

5. Il est remarquable qu'un esprit aussi critique que Madvig n'ait émis aucune *emendatio* dont on puisse faire état sur ce point.

6. Sigonius, *De judiciis*, III, 4.

lionem, id est rem capitalem et mortis poenam judicarent. »

En note¹ il ajoute : « Perduellio non erat poena, sed nomen sive titulus delicti ; unde rex : duumviros facio qui Horatio perduellionem judicent. »

Tout n'est pas à rejeter dans cette opinion du xvi^e siècle. Sans doute son perpétuel souci de rectitude aristotélicienne pousse-t-il ici Sigonius à donner à l'acte d'Horace sa qualification correcte, qui est « parricidam »², puis à la rattacher à la célèbre loi de Numa dont il admet par hypothèse l'authenticité, et faut-il lui laisser, au point de vue de l'exactitude historique, la responsabilité de cette construction logique !

Mais son mérite est d'avoir compris qu'il fallait en bonne critique *étendre* la notion de *perduellio* au delà de son sens classique, et à notre avis, là où Mommsen et toute la doctrine moderne ont vu faux, c'est l'humaniste de la Renaissance qui, comme il arrive souvent, a eu raison.

Crevier³, dans son excellente édition de Tite-Live de 1747 écrit en note :

« Perduellio, proprie crimen ejus, qui hostile aliquid in regem aut rempublicam gessit. Sed illo aevo videtur quodvis facinus capitali poena dignum perduellionis lege comprehensum fuisse. Alioquin Horatius ea lege reus agi non potuisset », reproduisant ainsi la même opinion sous une forme plus explicite.

1. *Loc. cit.*, n. 3.

2. Peut-être l'éminent humaniste était-il sous l'impression de la lecture comparée du récit dans Tite-Live et dans Denys d'Halicarnasse (III, 22) où l'acte d'Horace est qualifié « ἀνδροφόνον » qui traduit *parricidam*.

3. Crevier, édit. de Tite-Live, tome I, p. 51, note 4.

Comme nous le verrons, ces anciens auteurs étaient sur le chemin, selon nous, de la vérité, le seul reproche qui peut leur être adressé est d'avoir cru à une législation positive à l'époque royale alors que ni le droit de l'époque ni la matière de la *perduellio* n'en comportaient vraisemblablement, et d'avoir accepté en bloc le récit de Tite-Live, sans y distinguer le fond même de la légende d'Horace et la *lex horrendi carminis* en deux éléments de dates différentes auxquels les sources de Tite-Live donnèrent une unité factice.

Autrement plus graves sont les reproches que nous pouvons faire aux interprétations modernes.

Drakenborch¹ donne l'interprétation suivante sans d'ailleurs en prendre personnellement la responsabilité.

« Existimant autem viri docti Romulum primo legem tulisse de homicidio seu parricidio, aliamque de perduellione : deinde ambas has leges a Numa relatas fuisse, eumque constitueret, ut de utroque crimine duumviri judicarent, ejusque poena capitalis foret : tandem utraque lege reum fuisse Horatium ; parricidii, quia sororem interfecit ; perduellionis, quia caedam in conspectu regis ac populi romani perpetravit. »

Ainsi, il commence par admettre implicitement le sens de « crime d'Etat » classique. Puis il jongle avec les attributions législatives dans un domaine de pure hypothèse. Enfin pour expliquer le sens du mot « perduellionem » selon les opinions qu'il suit, il voit un crime

1. Drakenborch, édit. de Tite-Live, vol. I, p. 213, en note.

d'Etat dans le fait qu'Horace tue sa sœur *en présence* du roi ! A l'extrême rigueur, une telle forme de crime d'Etat aurait pu être concevable au Bas-Empire, en admettant que la vue impériale étant outragée par un assassinat, le crime prenait un caractère de lèse-majesté. Mais cette conception est inacceptable à l'époque de Tite-Live et *a fortiori* à l'époque antérieure.

Pour Lemaire : « Perduellio primum et proprie dicebatur hostilitas (ut perduellis hostis...) deinde omne facinus capitale quo hostilitis animus adversus rempublicam vel principem declaratur (*Hochverrath*) proditio, tyrannis affectata, libertas ac jus civitatis violatum, *improprie* parricidium vel omnis caedes liberi hominis, quam sciens quis fecit. » Cf. Tacite, *Ann.*, I, 72, 5; Cic. *Pro Rab.* (inpr.) c. 4.

Cette opinion a également été soutenue par Grönesbusch². Il est évidemment impossible de s'arrêter à une interprétation aussi sommaire. Dire qu'un parricide peut revêtir par « impropriété » de langage le vocable de *perduellio*, c'est répondre à la question par la question, et substituer la plus paresseuse conjecture verbale à l'analyse juridique. C'est pour tout dire, donner en plein XIX^e siècle une leçon de latin à Tite-Live ! De plus les exemples cités sont faux.

Tout d'abord la référence au *Pro Rabirio* est inexacte. Le mot litigieux ne figure pas au § 4 du plaidoyer de Cicéron. En admettant que Lemaire ait commis une confusion avec le § 3, où figure la phrase que nous avons

1. Lemaire, édit. de Tite-Live, Comment. sur I, 26.

2. Grönesbusch, *De crim. perduell.*, cit. par Lemaire, *loc. cit.*

citée plus haut (page 9, note 3) on ne voit pas où la notion de parricide y trouve sa place.

L'hypothèse de Mommsen : le sens procédural. — Mais la théorie la moins admissible est encore la fameuse hypothèse de Mommsen dite du « sens procédural », et qui se trouve exprimée ainsi ¹ :

« (Pour le *parricidium* et la *perduellio*) se pose la question de savoir si les notions ainsi nommées doivent être entendues par rapport au fond du droit ou au point de vue de la procédure ; en d'autres termes, on se demande si *perduellio* signifie ennemi de la patrie et *parricido* meurtrier, ou si le mot *perduellio* ne sert pas plutôt à indiquer le procès duumviral et *parricidium* le procès devant les questeurs, ou pour exprimer encore cette idée sous une autre forme, on se demande si *perduellio* ne désigne pas le procès extraordinaire qui n'est pas possible sans un vote spécial du peuple et *parricidium* le procès ordinaire qui se déroule devant les magistrats et les comices. Ces deux conceptions ne s'excluent pas l'une l'autre et peuvent toutes deux être exactes. Tout d'abord, le sens matériel de délit que réclame déjà la formation des mots est resté attaché dans la suite à ces expressions caractéristiques, ainsi que le prouve incontestablement l'usage du langage et le droit positif de l'époque postérieure. D'autre part, le fait surprenant que le récit typique pour la *perduellio* vise un cas qui, au point de vue des règles de fond, ne rentre pas dans cette catégorie, mais dans celle du meurtre, peut s'expliquer dans une certaine mesure si la notion de *perduellio*

1. Mommsen, *Droit pén. rom.*, II, 221.

éveille tout d'abord l'idée d'une procédure déterminée. En outre, il est prouvé jusqu'à un certain point que le sacrilège, qui n'est pas un parricide, venait devant le *quaestor parricidii* et était compris sous la rubrique du parricide. »

A cette hypothèse hardie, Mommsen ajoute, ce qui est d'ailleurs possible, que la légende d'Horace a été inventée par les anciens historiens de Rome pour faire remonter jusqu'à l'époque royale l'institution de la *provocatio*. On sait que pour que la *provocatio* fonctionne, il faut un intermédiaire entre le détenteur d'*imperium* et les Comices. Cet intermédiaire, puisqu'Horace a commis un parricide au sens légal¹, sera le tribunal des *quaestores parricidii*.

Mais (sauf dans l'opinion isolée de Junius Gracchanus² qu'Ulpien signale déjà comme paradoxale) la questure ne remonte pas à l'époque royale. Ainsi s'explique la création de duumvirs pour le besoin de la cause et l'étiquette de la *perduellio*, leur compétence habituelle (bien que non permanente) appliquée au parricide d'Horace. Comme interprétations subsidiaires du texte de Tite-Live, Mommsen fait valoir « qu'il n'aurait pas été aussi facile de construire un récit aussi impressionnant avec un véritable cas de *perduellio* », ou encore (*ultimum subsidium* ! !) que l'apostrophe du duumvir « Tibi perduellionem judico » équivaldrait à une assimilation au véritable crime ainsi qualifié et en vue d'appeler la même répression que lui.

1. Cf. Festus, « parricidium nam parricida non utique is qui parentem occidisset dicebatur sed qualemcumque hominem indemnatum ».

2. De Francisci, *Storia del diritto romano*, I, 126, qui date la questure de l'époque royale, est le représentant moderne de cette opinion.

Telle est la doctrine de Mommsen. Examinons-la.

Tout d'abord, la conjecture d'un sens « procédural » pour *perduellio* semblerait trouver un argument d'analogie séduisant, si on observe que tout ce que Mommsen a dit sur la compétence des *quaestores parricidii* en dehors de leur sphère est exact, et, de fait, la théorie du grand romaniste a vécu plus de trente ans sans susciter d'essais de réfutation, ce qui est une merveille de longévité doctrinale ! Mais l'inévitable « coup de grâce » s'est produit, car tout a une fin, et, à notre avis du moins, l'hypothèse de Mommsen n'est plus étayable sur une comparaison de *perduellio* avec *parricidium* depuis que, dans un opuscule concluant et déjà célèbre, une nouvelle orthodoxie provisoire a été révélée *cupidae legum juventuti* par M. F. de Visscher en 1931¹.

D'après M. de Visscher, il ressort des textes (et cela est probable) que les dérogations de compétence des *quaestores parricidii* notées par Mommsen, notamment à propos du *sacrilegium*, tiennent à ce qu'à l'origine ces magistrats furent des *quæsitores*², c'est-à-dire des enquêteurs. De plus, le législateur archaïque ne définit point la compétence du magistrat à raison du délit, mais à raison de la sanction. Or la philologie comme l'histoire concourent à prouver que « *paricidas* » vient de *pari-caedes* et signifie : « *Qu'il soit tué par équivalent.* » Toutes les autres interprétations font de *paricidas* une pure dénomination du criminel, au lieu d'indiquer le sort qu'il devra subir, comme l'exige le vieux droit³.

1. F. de Visscher, « La formule *Paricidas esto* et les origines de la juridiction criminelle à Rome », dans *Études de droit romain*, XI (1931).

2. Festus ...Parricidii quaestores appellabantur qui solebant creari causam rerum capitalium quaerendarum (De Visscher, *op. cit.*, p. 221).

3. Cf., *Loi des XII Tables*, *Topper necato. Jure coesus esto*, etc...

Ainsi, pour voir un sens procédural à *perduellio*, le principal argument de Mommsen, sa comparaison avec *parricidium* se trouve réfutée.

Ajoutons que traduire *perduellio* par « de la compétence duumvirale » se heurte à un texte formel, celui de Valérius Antias, cité par Aulu-Gelle¹ où le crime est jugé non par des *dummvirs*, mais par un tribun de la Plèbe.

De plus, si le sens de Mommsen était admissible, son emploi par Tite-Live (I, 26, 7) serait un ἀπαξ λεγόμενον dans les sources.

Enfin, comme nous le démontrerons au chapitre suivant, l'existence même des *duumviri perduellionis* demeure en réalité suspecte. Dans tous les cas, si le texte précité de Valérius Antias montre que la *perduellio* peut n'être pas forcément de la compétence des *duumvirs*, aucun texte ne nous donne un exemple de ces hypothétiques hauts magistrats jugeant d'autres crimes que la *perduellio*. Or ce mot a, nous l'avons dit, un sens précis à l'époque de Tite-Live, et qui ne saurait juridiquement être appliqué à une infraction rentrant dans une catégorie différente du droit pénal, celle du parricide. Même en admettant que l'annaliste où puisa Tite-Live ait voulu suppléer à la lacune des questeurs, ce n'est pas un mot évoquant une idée aussi précise en soi, aussi loin par ailleurs du crime d'Horace qui aurait été choisi.

Un mot suffira pour écarter les conjectures subsidiaires de Mommsen. Tout d'abord, dire qu'un véritable cas de *perduellio* aurait été moins « impressionnant » demeure une pure pétition de principes, discutable comme toute appréciation littéraire. En deuxième lieu,

1. Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, VII, 9.

conjecturer que le duumvir frappe Horace « *de la peine de la perduellio* » est prêter à Tite-Live une intention de procédé « *ficitive* » bien peu probable. Outre que la terminologie vraisemblable en pareil cas exigerait le « *si...* » ou le « *quasi* » traditionnel, Tite-Live n'est pas un juriste, et une telle figure de rhétorique serait peu dans sa manière.

Telles sont les diverses interprétations du texte de Tite-Live. Les unes sont inadmissibles en ce qu'elles voient dans le procès d'Horace une instance régulière et en la « *lex horrendi carminis* » une loi authentique. Les autres ont tenté de donner à *perduellio* son sens classique, au moins quant à la procédure. Elles résistent mal à l'examen. C'est pourquoi nous sommes amenés logiquement à conclure que si *perduellio* a, dans notre passage, son sens classique de « crime d'Etat », ou bien Tite-Live a commis une absurdité voulue, ou bien, ce qui est plus probable, ce passage entier demeure incompréhensible. C'est ainsi que nous en venons à nous demander si dans la source, probablement très ancienne, de Tite-Live, le mot n'aurait pas conservé un autre sens, archaïque et incompris du temps d'Auguste, et que l'historien provincial, dans son scrupule de la référence loyalement donnée, mais sans intelligence, aurait reproduit.

L'étude phonétique de *perduellio* apportera-t-elle un peu de lumière ?

Festus fait dériver *perduellio* de (*per*) *duellum*, archaïque pour *bellum*² et définit le « *perduellis* » « qui

1. Festus, 58, 21.

2. A. Ernout et A. Meillet (*Dict. étymol.*, art. *bellum*), notent cet archaïsme et citent Varron, L. C., VII, 49 : « Quin inde invitis sumpserint perduellis. Perduelles dicuntur hostes, ut perfecit sic perduellum, et duellum id postea bellum; ob eam causa Duell [i]ona Bellona. »

pertinaciter retinet bellum ». Il est certain que, dans l'ancien latin, *hostis* signifiait l'étranger et *perduellis* l'ennemi. « C'est par assimilation que le mot a été étendu au criminel d'Etat », sera-t-on tenté de croire. Au lieu de prêter au primitif esprit romain une théorie juridique, il nous semble plus logique d'admettre que le même vocable a désigné les deux types d'ennemis à cause de leur identité de nature¹.

L'étymologie du préfixe *per* est probablement le péjoratif grec ΠΕΡ qui se retrouve en latin dans *per-jurus* (celui qui jure à tort) *per-fidus* (celui qui donne sa foi à tort). C'est à notre avis une erreur que de comparer le mot à *peregrinus* ou à *perverto* comme l'a tenté Mommsen, le préfixe de ces mots signifient plus probablement « à côté de » comme Τε grec ΠΑΡΑ,

Ainsi, *per-duellio*, c'est la guerre faite à tort, l'hostilité mauvaise.

Si l'on admet cette interprétation, le sens classique de notre mot comme son sens au passage en cause de Tite-Live s'expliquent.

« L'hostilité mauvaise » par définition, c'est bien avant tout celle qui vise l'Etat romain, lequel par hypothèse ne fait que des guerres « justes », puisque leur déclaration est faite par le Collège des Fétiaux, dans des termes solennels accompagnés de rites qu'Aulu-Gelle nous a conservés². Ainsi la guerre injuste par excellence se dit *perduellio*. L'Etat de lutte permanent en vint à transformer le sens du mot *hostis* qui, au dire de Festus, signifiait primitivement l'*Etranger* et à lui donner le sens

1. Etymologie admise par Mommsen, *Droit pén.*, II.

2. Cf., p. 25, note 1.

d'*ennemi*, mais l'appellation resta à l'ennemi de l'intérieur, au criminel d'Etat.

Ainsi s'explique le sens classique tel qu'on le trouve par exemple dans Ulpien (*loc. cit.*).

Le sens du mot dans Tite-Live s'éclairait également, si l'on considère que (cf. *suprà*) toutes les notions pénales correspondent à un concept unique qu'un mot unique a exprimé, à l'époque très ancienne.

C'est ce concept sous lequel il faut englober le crime d'Horace, comme Sigonius l'avait déjà entrevu, et à notre avis ce mot unique n'est autre que *perduellio* dans la bouche du duumvir : « *Tibi perduellionem judico* ».

L'antiquité très haute des sources probables de la légende confirme cette conjecture.

Cette conclusion que suggère l'examen phonétique, que démontre *ab absurdo* la critique des interprétations, sera la nôtre.

Cependant, il est un argument encore plus convaincant que *perduellio* a pu ne pas signifier *crime d'Etat* dans l'ancienne langue latine, c'est qu'aucun des anciens qui a relaté la légende d'Horace ne s'est heurté à semblable problème !

Aucun n'analyse sa « *perduellio* comme une « *perduellio* » au sens judiciaire de la *Loi Julia majestatis*.

Sans doute, les origines mêmes de la légende sont obscures. Il existait encore des *Horatii* à l'époque de Tite-Live¹ ; peut-être est-ce là une légende gentilice². Festus (*loc. cit.*), par ailleurs, nous parle d'un *tigillum*

1. Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, art. « Horatius », vol. VIII, p. 2321 et suiv.

2. D'après Pais, *Storia critica di Roma*, II, p. 456. Ces légendes reproduisaient les traits et les gestes des dieux que la gent adorait.

sororium encore visible de son temps. On sait que les monuments étaient fréquemment, chez les Anciens, le véritable point de départ de nombreuses légendes.

Le βιβλίον τῆς βασιλικῆς d'Appien est malheureusement perdu, et il faut le regretter car un fragment que nous en a conservé Suidas porte la trace de la légende des Horaces¹.

Festus² écrit : « Quanquam a patre absolutus sceleris erat accusatus tamen *parricidii* apud duumviros damnatusque provocavit ad Populum cujus iudicio victor... liberatus est. »

Denys d'Halicarnasse écrit de même : οὗθ' ὡς ἀνδροφόνδιν ἀποκτείναι.

Valère-Maxime³, dans les deux passages de ses œuvres parvenues jusqu'à nous où il relate la légende, accuse le caractère homicide de l'acte d'Horace, mais ne lui donne aucun caractère politique.

Ainsi, nulle part la difficulté d'expliquer *perduellionem* dans notre texte, au point de vue du crime d'Etat, n'a été soulevé par les Anciens. N'est-ce pas une preuve qu'ils entendaient le passage autrement ?

La perspicacité de Cujas s'affirme lorsqu'à son commentaire de la *Loi Julia majestatis* il se garde bien de citer l'exemple d'Horace comme cas de *crimen perduellionis*.

La conclusion de ce chapitre va de soi.

Le crime d'Etat n'est pas « le plus ancien délit » connu

1. οἱ δὲ ἐδλάσφημον αὐτόν (Tullus) ὡς κακῶς τρεῖσιν ἀνδράσι τὰ πάντα θεμένον.

2. Festus, XVII, 530.

3. Valère-Maxime, VI, 3, 6; VIII, 31.

du droit romain, suivant l'opinion de Mommsen¹ et il semble bien oïseux de se poser la question de savoir s'il résulte ou non du texte de Gaius que le nom de crime figurait dans les XII Tables.

La vérité est que les catégories du droit pénal postérieur sont issues de la *perduellio* comme de leur source et, de fait, il demeure logique que n'importe quel délit, puisqu'il viole la loi de l'Etat, pourrait être théoriquement une *perduellio*. Rien ne le prouvera mieux que le terrible caractère « subsidiaire » que le *crimen majestatis* prendra sous l'Empire, et qui sera la suite logique du retour à l'arbitraire des origines que constituera la puissance impériale.

Les textes, malheureusement, manquent pour suivre l'évolution du mot *perduellio* et dater les étapes par lesquelles il a abouti à son sens de crime d'Etat.

Sans doute, la phonétique comparée peut seule nous permettre, sur ce point, d'émettre une hypothèse :

Il n'est pas rare qu'un mot passe d'un sens général à un sens particulier. Ainsi le mot « *ber, baron* » qui s'applique à tout homme au x^e siècle a fini par constituer un titre nobiliaire strictement défini. Nul ne se serait avisé au xvii^e siècle, par exemple, de dire que « le duc de X... était un *baron* du roi ».

Le même phénomène a dû régir l'histoire du mot *perduellio*. Au fur et à mesure que les délits successifs du droit romain se sont détachés de la grande inculpation de Crime *in genere*², le sens du mot s'est insensible-

1. Mommsen, *Droit pén.*, II, 221.

2. Il nous est impossible de ne pas songer ici aux admirables travaux, d'ailleurs classiques, de M. Glotz sur le droit primitif hellénique. Il se pourrait bien, à notre avis, que l'*ἔτιμος* des origines grecques représentât un

ment circonscrit ; et le crime d'Etat n'ayant jamais été considéré, en droit romain, comme un délit vraiment juridique, mais un *acte de guerre* (cf. *supra*), le terme a fini par ne plus porter que sur l'unique notion du droit non « légalisé », si l'on peut dire ; c'est ainsi que l'acte de guerre est, par opposition à tout ce qui n'était pas lui-même, devenu par la force des choses une qualification criminelle.

Telles sont, à notre avis, les origines du crime d'Etat en droit romain.

type très voisin de notre *perduellio*. Il existe des exemples semblables en droit comparé, dans les lois hindoue, ossète, paléoslave, germanique, etc. Cf. Glotz, *Solidarité dans la famille*. p. 22 et suiv.

CHAPITRE II

LE CRIME D'ETAT, CATEGORIE LEGALE ET JUDICIAIRE AVANT SYLLA

Le criminel d'Etat n'est, à aucune époque du droit romain, le justiciable. Il est l'Ennemi. Cette conception ne se dégage pas d'invectives oratoires¹ qui, de tout temps, ont ainsi qualifié les traîtres. Elle ressort, nous l'avons vu, de l'étymologie; elle éclate dans le contexte des sources *juridiques*, notamment du précieux passage des *Disputationes* d'Ulpien que son insertion au Digeste nous a conservé. Or, la guerre romaine est, comme le dieu Janus, dont le temple ouvrait ses portes à sa déclaration, une personne unique douée de deux faces, l'une regardant au delà des frontières et défiant l'*hostis*, l'autre en deçà vers le *perduellis*. Cette identité capitale posée, l'intelligence de l'une des faces aide à celle de l'autre. Le texte intéressant n'est pas, à notre sentiment, dans les déclamations du *De republica*, mais bien dans les vieilles formules de déclaration de guerre qui ne sont pas le reflet de la philosophie néo-académique, mais

1. Cela est si vrai que Cicéron n'applique pas en pareil cas la métaphore d'ennemi, mais de parricide. *Catilin.*, I, 7 : « *Nunc te patria quae communis est omnium nostrum parens, odit ac metuit et jamdiu de te nihil judicat, nisi de parricidio suo cogitare* ». In *Verrem*, V, 67 : « *Facinus est vinciri civem Romanum; scelus verberari; prope parricidium necari* ». — Cf. aussi Tite-Live, XXVIII, 29, 1 : « *Revocavit tamen (...Coriolanum...) a publico parricidio pri-vata pietas* ».

de la plus vétuste tradition romaine¹, celle du Collège des Fétiaux². L'effet juridique que déclanche le formalisme fétial est la « guerre juste ». De même que, par hypothèse, le peuple romain ne fait que des guerres justes, il frappe son ennemi intérieur, le *perduellis*, toujours avec justice.

Si l'on tient compte que l'*hostis* et *perduellis* sont les deux « *species* » d'un même genre, on conçoit la base répressive du crime d'Etat, et dès lors il n'y a rien d'étonnant à ce que, pas plus que la guerre, le crime d'Etat n'ait fait l'objet à l'époque ancienne de définitions *stricto sensu*.

C'est pourquoi, contrairement aux autres crimes, il demeure en dehors des formes légales de l'ancien droit.

La loi légendaire de Numa³ punit le *parricidium* dès une époque très reculée. La loi des XII Tables, au dire de Gaius⁴, réprime le *veneficium*, et nous atteste, à l'époque des Decemvirs, l'existence de nombre d'autres délits juridiquement incriminés, tels que l'*occenatio*, le

1. Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, XVI, 4. « *Quod populus Hermundulus, hominesque populi Hermunduli, adversus Populum romanum bellum fecere deliqueruntque, quodque Populus romanus cum populo Hermunduleo hominibusque Hermundulis bellum iussit, ob eam rem ego Populusque romanus populo Hermundulo hominibusque Hermundulis bellum (in) dico facioque* », et cf. aussi Tite-Live, I, 32, « ...Audiant Fas ! Ego sum publicus nuntius Populi romani; juste pieque legatus venio verbisque meis fides sit... Audi Juppiter et tu Jane Quirine... Ego vos testor populum illum... injustum esse neque jus persolvere ». A rapprocher des évocations solennelles rapportées par Macrobe, *Sat.* III, 9.

2. Varron, L. I, V, 86. « *Nam per hos fiebat ut justum conciperetur bellum et inde desitum* ».

3. Festus, *Ep.*, p. 221. « *Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit parricidas esto* ». Le *parricidium* classique est visé ici non par la formule finale mais par les mots « *morti duit* » si l'on admet la théorie de M. de Vißcher (cf. *supra*).

4. Gaius, *Comment.*, XII, Tab. *Dig.*, L, 16, 236, pr. « *qui venenum dicit adicere debet, utrum malum an bonum* ».

flagitium, l'*os ruptum*, le *membrum fractum*, le *furtum*, etc.¹.

Comme nous l'avons dit au chapitre premier, la perplexité de Mommsen de savoir si le mot de *perduellio* se trouvait gravé dans les XII Tables de Décemvirs, le crime d'Etat n'était pas encore qualifié ; son existence même, si puissante comme nous le verrons, dans la Coutume, demeure en tant que catégorie flottante jusqu'à la fin du II^e siècle av. J.-C.

Au reste, il semble peu probable qu'aucun droit antique ait élaboré en cette matière un système codifié ; en droit public attique, par exemple, le discours de Lysias contre Léocrate tout entier en est une preuve. La procédure employée est l'*εισαγγελία*, c'est-à-dire la plus solennelle de toutes, mais nulle part, le fondement légal de cette *εισαγγελία* n'apparaît. Or, il est certain que les crimes reprochés à Léocrate (trahison en temps de guerre, désertion, etc.), rentrent bien dans le cadre du *crime d'Etat*.

Nous rechercherons les rares traces que sa répression a laissées jusqu'à cette époque en législation dans un premier paragraphe.

Un second étudiera, pour la même période, ses traces dans l'ordre judiciaire.

Enfin, dans un troisième paragraphe, nous traiterons du véritable jour sous lequel la législation romaine a réprimé le crime d'Etat sous la République. Ce sera l'exposé de la création tribunitienne voisine de la *perduellio* : le *crimen majestatis*.

Sauf pour le *crimen majestatis*, l'intérêt de ce chapi-

1. Girard, *Textes de droit romain*, XII, Tables.

tre sera surtout *a contrario*, dans la constatation de la carence du droit écrit, la source vraiment féconde du droit demeurant la Coutume, que nous étudierons dans le chapitre III.

§ 1. — LES TRACES LÉGISLATIVES.

Dans quelle mesure le législateur a-t-il, à la période ancienne, incriminé le crime commis directement contre l'Etat ¹ ?

Romulus. — Denys d'Halicarnasse ² parle de la loi légendaire de Romulus sur les traîtres, ce qui est, au point de vue dogmatique, la preuve que les historiens dont il s'inspira voyaient bien dans la *proditio* (προδοσία) le prototype du crime d'Etat. Son identité avec la guerre est ici éclatante. Tout le droit militaire en est la preuve, et surtout la mise hors la loi suivie de mise à mort immédiate du déserteur ³, même citoyen romain, même à l'intérieur de la ville, lequel est ainsi traité directement en ennemi. La simple négligence dans l'enrôlement donne ce droit au magistrat militaire, et non seulement le passage à l'ennemi. La mesure a lieu sans jugement nécessaire, en vertu du seul *imperium* du consul, ou du dictateur.

1. Je laisse volontairement de côté ici la *lex horrendi carminis* attribuée par Tite-Live à Tullus Hostilius (cf. *supra*) et par Cicéron. Pro Rabir., IV à Tarquin le Superbe. Nous y reviendrons au § 2.

2. Denys d'Halicarnasse, II, 10; III, 30, cité par Mommsen, qui dit très justement qu'il pense dans ces passages à la *perduellio* (*Dr. pén.*, II, p. 236, n. 2; p. 237, n. 2).

3. Cf. applications et exemples dans Valère-Maxime, II, 7, 15; VI, 3, 4. Tite-Live, *Ep.* 55, *Hist.*, III, 69, 7. Suétone, *Aug.*, XXIV. Cicéron, *Pro Caecina*, XXXIV, 99, cités par Mommsen (*Dr. pén.*, I, 48-49).

Autre remarque importante : Denys nous dit textuellement que le traître était « ὡς θῦμα τοῦ καταχθονίου Διός », ce qui est la traduction grecque d'une *sacratio capitis*. Cette malédiction divine encourue de plein droit par le traître est attestée par ailleurs dans nos sources.

Denys nous rapporte ici une légende qui ne ment pas et que je considère très intéressante pour deux raisons. D'abord, le caractère prototypique du crime d'Etat prouve à la fois qu'il remonte à la naissance même de Rome et repose sur le droit de la guerre ; ensuite la haute antiquité de la *sacratio* en notre matière y est attestée ; nous verrons les redoutables conséquences qu'en tirera la doctrine du parti aristocratique.

Mais il va de soi que le témoignage de Denys n'a, à aucun titre, la valeur d'une authentique référence législative.

XII Tables. — Marcien¹ relate que les XII Tables punissent de mort quiconque aura excité l'ennemi ou livré à l'ennemi un citoyen, et cela n'est pas invraisemblable. Nous trouvons-nous ici devant une *species* de la *perduellio* nommément et *in genere* comme Mommsen se l'est demandé ? — Non. Comme l'a dit Mommsen, en se contredisant lui-même, aucun texte punissant un fait de *perduellio* « n'épuise la notion du délit », et *a fortiori* donc dans une législation archaïque qui ne vise même pas *in genere* des délits qui le seront plus tard. De plus, il est probable que si le vieux droit romain avait ainsi, du premier coup, embrassé tout l'ensemble de la « *perduellio* », les sources en auraient conservé la trace de

1. Marcien, *Dig.*, XLVIII, 4, 3. Lex XII Tabularum jubet cum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri.

préférence à une disposition aussi fragmentaire que celle rapportée par Marcien. Or, non seulement le Digeste, mais même les archaïsants passionnés, Varron Aulugelle, Macrobe, n'en parlent pas. Cette disposition des XII Tables, si elle a existé, est, elle aussi, du domaine de la guerre.

Loi Gabinia (?). — Une déclamation « *In Catilinam* », attribuée à Porcius Latro¹, parle d'une *lex Gabinia* qui aurait puni de mort les « *coitiones clandestinae* ». Il n'est pas douteux que cette expression puisse avoir un sens politique², mais il n'est pas question ailleurs de cette loi et c'est à juste titre qu'elle a paru suspecte à Mommsen³.

Loi Varia de majestate (663-91). — Des sources plus dignes de foi⁴ nous parlent d'une *Loi Varia de majestate* (663-91) proposée par le tribun Q. Varius Hybrida. Cette loi instituait une *quaestio* pour connaître des actes de trahison commis par les citoyens ayant encouragé les *Socii* à prendre les armes contre le Peuple romain. D'après Appien, les juges furent pris dans l'ordre équestre, comme il était d'usage légal depuis la loi de Caius Gracchus sur les tribunaux. Mais Asconius (*In Cornel.*, p. 79) rapporte que l'année suivante un plébiscite leur

1. Porcius Latro, *In Catil.*, XIX, cité par Pothier. *Pandect. h. t.* (p. 380).

2. Cicéron, *De L. agr.*, II, 5, 12. Tite-Live, II, 28; I, 3, 48; I, 39, 15, 12. cit. par Mommsen, *Dr. pén.*, II, 265, note 2.

3. Mommsen, *Dr. pén.* Cf., n. 2.

4. Asconius, *In Scaur.*, p. 22. Q. Varius tribunus plebis legem tulit ut quaereretur de iis, quorum ope consiliove socii contra Populum romanum sumpsisent.

Valère-Maxime, VIII, 6. Q. autem Varius, propter obscurum jus civitatis Hybrida cognominatus, tribunus Plebis legem adversus intercessionem collegarum perrogavit, quae jubebat quaeri quorum dolo malo socii ad arma ire coacti essent. — Cf. aussi Appien, *Guerres civ.*, I, 37 (réf. au texte).

substitua une liste extraordinaire de jurés élus par tribu et pris dans tous les ordres.

Le texte d'Appien est instructif. Φανερώς ἢ κρυφᾶ βοηθούντων dit-il. Cette précision, surtout chez Appien, où les redondances sont rares, semble faire allusion à deux chefs d'incrimination, qui sont deux espèces du même crime, mais distinctes : le passage à l'ennemi (φανερῶς) et la trahison occulte (κρυφᾶ). La loi Varia est peut-être la première loi contre une manière spéciale de faire la guerre, l'espionnage¹. Son assimilation à la trahison ouverte montre un effort logique du législateur. De l'ennemi au criminel d'Etat, puis au traître, enfin à l'espion, la continuité pénale est indiscutable. Le mérite du droit romain n'est pas de l'avoir théoriquement démontré, mais de l'avoir senti et appliqué comme une évidence.

Loi Mamilia (644-110). — Salluste² nous rapporte l'existence de cette loi dont l'initiative est due à Caius Mamilius Limetanus, et en vertu de laquelle fut créée une *quaestio* en vue de juger ceux qui avaient trahi dans la guerre contre Jugurtha, avant que Métellus n'eût pris l'*imperium* militaire pour la guerre numide. Nous savons de plus, par Cicéron³, que Métellus déploya dans

1. L'espion se nomme en droit romain *speculator*. C'est sous cette incrimination que Verrès fit mettre en croix Gavius, qui aurait espionné au profit des pirates. Nous y reviendrons à propos de la *Loi Sempronia*. Notons seulement dès à présent que la répression de l'espionnage en droit romain comme crime d'Etat peut être considérée une notion acquise.

2. Salluste, *Jug.* XL. Interim Romae C. Mamilius Limetanus, tribunus Plebis rogationem ad Populum promulgat, uti quereretur in eos, quorum consilio Jugurtha senati decreta negligisset, quique ab eo in legationibus aut imperiis pecunias acceperissent, qui elephantos quique perfugas tradissent, item qui de pace aut bello cum hostibus pactiones fecissent.

3. Cicéron, *De nat. deorum*, III, 30, 74. M. Scaurus... cum ex Mamilia rogatione tres quaesitores rogarentur, effecerat, ut in eo numero crearetur. Cf. aussi Cicéron, *Brutus*, 34, 128.

l'application de cette loi toute son activité comme *quaesitor*. C'est l'époque à laquelle, dans des domaines voisins, les *quaestiones* prennent forme, notamment les célèbres *quaestiones repetendarum*, transposition dans le droit public de la *condictio indebiti*.

Loi Appuleia majestatis (651-103). — Cette loi présente un indiscutable intérêt. Elle fut proposée au peuple par le fameux L. Appuleius Saturninus, tribun de la Plèbe, que nous retrouverons à propos du procès de *perduellio*, intenté à son assassin, C. Rabirius, sous le consulat de Cicéron.

Saturninus fut deux fois tribun, en 103 et en 100 avant J.-C., ce qui permet une hésitation quant à la date de sa *rogatio*. Mommsen¹ la place sous son premier tribunat, la prise de Toulouse par le consul, Servilius Caepio, étant de 106, le désastre d'Orange de 105 et les textes nous attestant que les affaires gauloises furent les motifs du plébiscite. Nous nous rallierons à cette hypothèse.

Nous connaissons plusieurs applications de cette loi :

1° La *quaestio auri Tolosani*², chargée de juger les suites des malversations de Caepio en Gaule, et notamment des détournements de trésors dans les temples de Toulouse.

2° Le procès de C. Norbanus³ (659-95) accusé de *majestate* par C. Sulpicius Rufus.

1. Mommsen, *Hist. rom.*, V, 145.

2. Cf. Cicéron, *De oratore*, *passim*, *De natura deorum*, III, 30, 74. *Partit. orat.*, XXX, 104, 105.

3. Mentionné dans le *De oratore*, XXI, 89, XLVII, 197 et le *De officiis*, II, 14, 49. Q. Servilius Caepio, consul en 106 et chargé de barrer la route à l'invasion cimbrique, avait pillé le temple d'Apollon à Toulouse, sacrilège que suivit le désastre d'Orange. C. Norbanus avait attaqué de *majestate* le consul en 95, étant tribun. Le procès ayant dégénéré en émeute, Sulpicius Rufus attaqua de *majestate* Norbanus lui-même à sa sortie de charge.

Cicéron nous atteste que ces deux affaires eurent la loi Appuleia pour base légale. Cette durée d'application, c'est-à-dire la durée de la *quaestio* établie par elle, montre, sur les lois précédentes, un progrès.

Il semble même que la loi Appuleia a pu présenter une valeur doctrinale¹. Ainsi dans la stabilité plus grande, en procédure, dans le développement plus théorique, en méthode, le droit public marque une étape, mais le champ d'application demeure militaire et le type légal par conséquent archaïque.

Comme nous l'avons vu au chapitre premier, tout délit public avait sans doute été à l'origine un crime d'Etat. Arrivés au seuil du 1^{er} siècle, nous voyons que toute une législation positive contre la haute trahison tend à se faire jour.

Dans l'intervalle, deux phénomènes historiques se sont produits. En premier lieu, le rétrécissement *a contrario* et forcé d'une notion antique « universelle » avec l'apparition des divers délits qualifiés. En second lieu, à l'intérieur du champ circonscrit de la *perduellio* primitive, une substitution partielle du législateur à la Coutume, en matière militaire, y compris le crime d'espionnage ; d'abord hésitant, le législateur du 1^{er} siècle avant notre ère parvient à établir des *quaestiones* de plus en plus durables et à asseoir ses dispositions sur une base dont il prend conscience.

1. Cicéron, *De orat.*, XLIX, 201. « Sed in illa omni defensione atque causa, quod esse in arte positum videbatur, ut de lege Apuleia dicerem, ut quid esset minuere majestatem explicarem, perquam brevitur perstrinxi atque attigi ».

§ 2. — LES TRACES JUDICIAIRES :

L'ÉNIGME DES « DUOVIRI PERDUELLIONIS ».

L'opinion absolument unanime admet qu'il a existé, dans l'ancien droit romain, une haute juridiction compétente en matière de *perduellio*, celle des *duoviri perduellionis*. Il a suffi que Mommsen donnât à l'existence de ces *duoviri* l'appui de sa pesante autorité, puis qu'il consacra une théorie entière à leur organisation pour rallier sur ce point, jadis tout au moins flottant, la doctrine entière.

Nous nous attacherons, dans ce paragraphe, à établir qu'en réalité, rien ne prouve que l'institution duumvirale ait jamais existé.

La doctrine avant Mommsen. — Avant la véritable architecture logique de Mommsen que nous exposerons, la doctrine demeure assez inconsistante et contradictoire. Ce n'est que pour mémoire que nous rappellerons ces hypothèses, depuis longtemps abandonnées.

*Niebuhr*¹ admettait, bien entendu, l'existence des *duoviri perduellionis*, mais soutenait que ce n'était là sous un vocable différent que les *quaestores parricidii*, désignés primitivement par le roi et confirmés par les Comices curiates² qu'il confondait d'ailleurs eux-mêmes avec les questeurs de l'*Aerarium*.

*Geib*³ voyait dans les duumvirs des questeurs spéciaux et extraordinaires, distincts de ceux de l'*Aerarium*.

1. Niebuhr, *Römische Geschichte*, II, 582, 584.

2. Pomponius, *Dig.*, I, 2, 23, « ... quaestores constituebantur a populo qui capitalibus rebus praessent : hi appellabantur quaestores parricidii quorum etiam meminit lex XII Tabularum ».

3. Geib, *Geschichte des Criminalprocess.*, p. 59, 150 et suiv.

Walter¹ repoussait ces théories en objectant l'opinion courante qui, dès l'Antiquité, ne date pas les questeurs quels qu'ils soient, de l'époque royale. Pour lui, les *duumvirs* sont une juridiction spéciale et d'ailleurs non permanente, connaissant des faits de *perduellio*. La partie vicieuse de la théorie était d'admettre l'existence de *duumvirs* au I^{er} siècle, de citer trois textes ayant tous trait à une espèce putative, le procès de C. Rabirius².

*La théorie mommsénienne*³. — Si l'on néglige certains passages de Dion Cassius et de Suétone qui ne font que rapporter des sources antérieures, la théorie de Mommsen se fonde sur trois textes.

1° *Tite-Live*. I, 26 (*duumvirs* de l'affaire d'Horace) ;

2° *Tite-Live*. VI, 20 (*duumvirs* de l'affaire de Manlius) ;

3° *Cicéron*. *Pro Rabirio* (*duumvirs* de l'affaire de Rabirius).

Pour l'affaire d'Horace, nous avons vu l'hypothèse du « sens procédural » par lequel Mommsen s'efforce de justifier l'incompétence des *quaestores parricidii*.

Pour l'affaire de Manlius, Mommsen invoque Tite-Live VI, 20 et reconnaît d'ailleurs que l'espèce est douteuse, des versions subsidiaires figurant dans Tite-Live lui-même.

Le procès de Rabirius devant les Comices, où plaïda Cicéron, serait, d'après Mommsen la reprise de l'accu-

1. Walter, *Geschichte des römischen Rechts*.

2. Walter cite : 1° Le *Pro Rabirio* lui-même ; 2° Dion Cassius, XXXVII, 27. καταψηφίσαντο αὐτοῦ καιτοὶ μὴ πρὸς τοῦ δήμου κατὰ τὰ πατρία, ἀλλὰ πρὸς αὐτοῦ στρατηγοῦ οὐχ ἐξ ὧν ἀξρεδέντες ; 3° Suétone, *Caes.*, XII. Subornavit etiam qui C. Rabirio perduellionis diem diceret ; quo praecipuo adjutore, aliquot ante annos L. Saturnini seditiosum tribunatum senatus coeuerat.

3. Mommsen, *Droit public*, IV, p. 325-329. *Dr. pén.*, II, 233 et suiv.

sation de *perduellio* proprement dite, après l'incident célèbre de Metellus Celer hissant le drapeau rouge sur le Janicule pour rompre l'audience, et sous forme d'amende tribunitienne.

Prévoyant l'objection tirée de la pauvreté des sources, Mommsen reconnaît qu'il ne faut point voir dans ces duumvirs une juridiction permanente à l'instar de celle des questeurs, mais des magistrats *extraordinaires*, créés pour chaque cas concret par un vote comitial ; il donne comme autres exemples de telles magistratures les *duoviri aedi dedicandae*, les *tresviri agris adsignandis*, etc... et invoque l'autorité, d'ailleurs incontestable, de Cicéron¹ pour poser en principe la dualité de principe des magistratures romaines en général.

Puis, constatant que Tite-Live emploie le mot *creare*, il s'en empare pour affirmer que les duumvirs sont élus par le peuple ; toutefois, dans le procès de Rabirius², Cicéron dit qu'ils furent nommés par le prêteur. Logique avec lui-même, Mommsen ajoute donc : « Mais la loi spéciale du peuple qui les crée peut charger un magistrat de le faire ».

Ayant ainsi établi l'existence et le mode de désignation de ses duumvirs, Mommsen n'a pas résisté à la tentation de construire une institution romaine tout entière. Il emprunte les règles de la collégialité aux magistratures voisines pour les transporter toutes chaudes sur le duumvirat. Ainsi s'explique, déduit-il, que, puisqu'il y a

1. Cicéron, *De legibus*, III, 4, 10. Ast quid erit, quod extra magistratus coerari aesus sit, qui coeret populus creato ei jus coerandi dato.

2. Cicéron, *Pro Rab.*, IV. Cf. aussi Dion Cassius, *loc. cit.*

deux *collègues*, il n'y en a qu'un seul à agir¹. Continuant à construire, Mommsen déduit avec rectitude de ce qu'habituellement, en cas de provocation aux Comices, c'est au magistrat intimé lui-même que ce soin incombe, que le duumvir n'y manquera pas. Il prévoit même la difficulté suivante : le duumvir n'a pas l'*imperium*. Il ne saurait donc réunir les Comices valablement, puisque les *auspicia populi romani* lui manquent et qu'ils n'appartiennent qu'au détenteur de l'*imperium* ! « Qu'à cela ne tienne ! » se dit en somme Mommsen, l'édile curule, quand il est intimé sur une *multa* devant les Comices tributes, se les fait déléguer². Il n'y a pas de raison pour que le duumvir n'en fasse pas autant, et dans la note où il exprime cette conviction, Mommsen ne cite pas une référence, ce qui est presque un *παρά* dans son œuvre ! Enfin, pour couronner l'édifice, il va jusqu'à s'inquiéter du nom technique que les duumvirs devaient porter dans la terminologie romaine, et opte pour « duo viri perduellioni judicandae » parce que, dans Tite-Live (I, 26, 7), le roi dit : « *Duumviro qui Horatio perduellionem judicent secundum legem, facio.* »

Telle est la doctrine de Mommsen.

Rarement le génie juriste édifie sur des textes suspects construction plus satisfaisante pour l'esprit, ni aussi vraiment romaine de caractère. La science allemande y trouve sa gloire et l'orthodoxie romaniste son orgueil. Il

1. Dans Tite-Live, un seul des duumvirs s'adresse à Horace : « Tum aliter ex his... etc. ».

Suétone (*Caesar*, XII) ne nous parle que d'un juge unique dans l'affaire de Rabirius : De sorte *judex in reum ductus, tam cupide condemnavit, ut ad Populum prevocanti nihil atque ac judicii acerbitas profuerit.*

2. Cf. Valère-Maxime, VIII, 1, 7. — Mommsen cite aussi des délégations semblables pour le questeur (Varron, *De L.*, 1, VI, 91 et Denys d'Halicarnasse, VIII, 77) le tribun du peuple (Tite-Live, XXV, 3, 9; XLVI, 16, 11).

y a là presque un pastiche de droit public qui est, dans son genre, un chef-d'œuvre.

Rarement aussi, les terribles abus de l'esprit logique de l'Ecole, signalés par Ihering, n'ont été poussés plus loin et, en réalité, cette colossale construction est à reprendre en l'examinant de près et à soumettre à l'analyse la plus sévèrement critique.

Critique de la théorie mommsénienne. — Et d'abord, constatons que de la fondation de Rome jusqu'à l'époque des Basiliques, pas un texte juridique ne mentionne même en passant nos duumvirs. Tite-Live relate des événements antérieurs de quatre à cinq siècles à sa naissance. Il est probable que la primitive légende d'Horace se bornait à la guerre albaine, ainsi qu'il suffit à l'unité du récit. Le procès a tout l'air d'une légende surajoutée et postérieure. Juridiquement, l'*imperium* royal devait, en effet s'exercer directement et la provocation aux Comices sous la Royauté est plus qu'incertaine ; en tout cas, la logique de l'institution royale ne l'exige pas. Enfin serait-elle prouvée, nous savons que la collégialité est un principe spécifiquement républicain et cela seul écarte la deuxième partie de la légende aux débuts de la République. On peut ainsi mesurer l'écart entre le prétendu procès duumviral et la guerre albaine. Si l'on ajoute à cet argument ce que nous avons dit au chapitre premier, à savoir que le crime d'Horace n'a rien d'un délit politique, on peut juger du caractère historique du procès.

L'affaire de Manlius est un élément de solution plus faible encore ¹. Tite-Live relate que d'après certains (*sunt*

1. Tite-Live, VI, 20. *Sunt qui per duumviros, qui de perduellione anquirent, creatos, auctores sint damnatum, tribuni de saxo tarpeio deiecerunt.*

qui...) des duumvirs auraient été créés pour juger de la *perduellio*, mais aussi que d'après d'autres, Manlius aurait été exécuté par son père. Pour étayer la première version, Mommsen soutient qu'à l'époque de la lutte des classes, les tribuns n'étaient pas encore magistrats de la Communauté, et que Manlius était un ami des Plébéiens. De ce que la compétence des tribuns demeure en effet douteuse, il y loin à conclure positivement à une version qui n'a pour autorité qu'un passage unique des sources précisément celui en question ¹. L'existence du duumvirat, institution positive, ne saurait se prouver par un argument négatif pur. Mais admettrions-nous même que le prétendu procès de Manlius a bien eu lieu devant des duumvirs, son supplice demeure en dehors du cadre convenu de l'instance duumvirale. Il est en effet précipité de la Roche Tarpéienne par les tribuns et non battu de verges, puis suspendu la tête voilée à l'*infelix arbor* par le *carnifex* auquel la *lex horrendi carminis*, telle que la citent Tite-Live lui-même et Cicéron dans le *Pro Rabirio* prescrivait d'accrocher le condamné. Enfin Manlius n'exerce pas son droit de *provocatio* aux Comices, quand cela n'aurait servi qu'à retarder pour lui l'heure d'un épouvantable supplice.

On conçoit l'intrépidité qu'il y aurait à fonder sur une telle légende l'existence d'une institution et sa théorie.

Reste le *Pro Rabirio* de Cicéron. On approfondit mieux aujourd'hui que nous possédons le texte entier du discours et depuis l'étude exhaustive qu'en a faite M. Strachan Davidson ², l'histoire de ce procès jusqu'alors plus fameux que connu.

1. Mommsen, *Dr. publ. rom.*, III, p. 366, note 3.

2. Strachan Davidson, *Problems of the roman criminal*. A résumé les pro-

Il ressort de la plaidoirie de Cicéron¹ que *perduellio* fut bien (et non *majestas*) la qualification du crime reproché à Rabirius, et cela à juste titre si l'on en croit l'*Epitome* de Tite-Live².

Juridiquement, cette qualification est sans valeur, tout le procès n'étant qu'un prétexte politique par lequel les *populares* voulant indirectement priver le Sénat de son arme la plus redoutable, le *sénatus-consulte ultime*, cherchèrent à impressionner l'opinion par un supplice exhumé des archives ou prétendu tel.

Pour nous la question est de savoir simplement si l'on peut déduire de cette grande « affaire » judiciaire que les duumvirs de la *perduellio* aient eu une existence réelle historiquement. Le fait que les deux magistrats qui condamnèrent Rabirius s'intitulèrent duumvirs ne pousse absolument rien. Ce qui est à démontrer n'est pas l'instance qui s'est déroulée devant eux et que chacun admet, mais le bien-fondé, la légitimité historique de leur institution.

Or, force nous est de constater que cette dernière ne

blèmes ardues que soulève la marche du procès lui-même et relaté les hypothèses depuis la découverte par Niebuhr en 1820 de la péroration. Ces problèmes qui ont fait l'objet de toute une littérature juridique demeurent en dehors de l'objet de cette thèse et c'est intentionnellement que nous les laissons de côté. Le *Pro Rabirio* ne nous intéresse qu'en ce qui concerne l'institution duumvirale et la *perduellio* en soi, points sur lesquels l'accord des critiques a été résumé par M. Stracham Davidson (*op. cit.*, I, 188) : « Rabirius was undoubtedly condemned, as Horatius had been 500 years before by *duoviri perduellionis* in this case by Caesar and his cousin Lucius ».

Cette foi dans l'existence des duumvirs se retrouve jusque dans la dernière édition critique du *Pro Rabirio* de M. André Boulanger (Paris, « Les Belles Lettres », 1932), p. 124, que je cite textuellement : « Il paraît... improbable qu'il n'y ait pas eu pour cette procédure d'autre précédent que le procès d'Horace meurtrier de sa sœur (Tite-Live, I, 26,5-9). C'est bien plutôt la procédure usitée à l'époque républicaine qu'on a reculée jusqu'à un passé mythique... »

1. Cicéron, *Pro Rab.* « ... de perduellionis iudicio », III.

2. *Epitome*, liv. LXIX. « A Rabirio quodam interfectus est. »

ressort en rien de nos textes. Outre que César, grand pontife au moment du procès, avait sans aucun doute possible utilisé les *Annales*¹ dans le sens où Labienus et lui le jugeaient politique et avec l'absence de scrupules et d'idées religieuses constitutive de son pontificat, le discours de Cicéron ne contient pas une allusion à une espèce analogue antérieure, même quasi-légendaire. Non seulement le procès d'Horace n'est pas visé, mais Cicéron ou plutôt ses contradicteurs dans l'instance se réfèrent à une autre tradition que Tite-Live. Ce n'est pas en effet à Tullus Hostilius ou à ses prédécesseurs qu'ils attribuent la loi fameuse, mais à Tarquin le Superbe². Le discours de Cicéron étant fait pour une cause, non pour glorifier les origines romaines, cette absence de jurisprudence, si j'ose dire, est à retenir, et l'on peut se demander si en réalité l'esprit de parti n'a pas brouillé tout.

Admettons que les *Annales* aient contenu réellement quelque allusion, d'ailleurs plus qu'apocryphe, à des duumvirs de l'époque royale. Le mot même de *perduellio*, nous l'avons vu, n'avait sans doute pas anciennement son sens politique du temps de Cicéron. De plus, antérieurement à la conquête de la liberté civique, rien ne s'opposait à la crucifixion d'un citoyen romain en vertu de l'*imperium* illimité du roi. Enfin, Cicéron avait naturellement à « charger » Labienus dans son plaidoyer. Rien d'étonnant donc à ce que connaissant ou non le sens primitif du mot *perduellio*, Labienus et César lui

1. Cicéron, *Pro Rab.*, V. * Cum iste (Labienus)... omnes et suppliciorum et verberum acerbitates, non ex memoria vestra ac patrum vestrorum, sed ex annalium monumentis, atque ex regum commentariis conquisierit.

2. Cicéron, *Pro Rabirio*, IV : « ... sed ne Romuli quidem, aut Numae Pompilii; sed Tarquinii, superbissimi atque crudelissimi regis, ista sunt cruciatus carmina. »

aient donné d'une part, son sens restreint en latin classique, et que Cicéron d'autre part ait encore insisté sur ce sens restreint pour mieux atteindre ses adversaires. De même un supplice qui n'avait rien d'anormal antérieurement à la loi *Valeria* qui interdit son application aux citoyens romains a pu paraître une violation du droit de cité au consul de 63 !

La vérité semble bien que dans des buts différents, mais par ignorance des origines comme par parti pris démagogique, les uns aient *voulu*, les autres aient reproché aux premiers de *vouloir* un anachronisme. Mais autre chose est vouloir un anachronisme, autre chose l'accomplir en réalité, et l'obscurité profonde des *Annales* devait ne rien rendre plus ardu à réaliser qu'un anachronisme authentique. A notre avis, il y a eu une résurrection *putative* et non *anachronique* du passé. Autant la notion de crime d'Etat qualifiée était familière aux hommes du 1^{er} siècle, autant le *Liber pontificalis* et les archives attribuées à Tarquin devaient et entendre une autre notion sous ce vocable, et ignorer le principe républicain de la collégialité. Il demeure donc douteux que (même en admettant de la part de César une citation sincère des *Annales*), on puisse induire du procès de Rabirius que les « *duo viri perduellioni judicandae* » de Mommsen aient existé jamais auparavant.

A notre avis, comme pour l'affaire d'Horace, les duumvirs sont une addition visiblement républicaine ; on peut cependant reconnaître dans la tradition suivie par Cicéron comme dans celle suivie par Tite-Live un fond indiscutablement historique et du type le plus ancien : C'est le mode d'exécution, que relate le texte très postérieur, comme le prouve la langue, que relate la *lex horrendi carminis*.

Le supplice commence par une flagellation (*verberato*) se continue par la mise d'un voile sur la tête du condamné et s'achève sur « *l'infelix arbos* ».

Si l'on se rappelle la portée magique des *virgae sanguineae*, les rites étranges qui accompagnent la submersion du parricide¹ et l'ancienneté reconnue au supplice de la croix (si Cicéron a qualifié de *crux* *l'infelix arbos*, c'est dans un but purement oratoire et pour lui attribuer le stigmate du supplice servile)², il se pourrait que nous nous trouvions là devant la mise à mort du type le plus antique, et remontant bien à l'époque royale³, où il devait être le mode usité d'exécution, c'est-à-dire de *supplicium* au sens de sacrifice expiatoire public du criminel (ἀναθήμαξ).

Nous avons là une preuve de plus en faveur de l'opinion que nous avons soutenue au chapitre premier. *Perduellio* signifie à l'origine n'importe quel crime capital. Le supplice en usage, *l'infelix arbos* est sa sanction.

Quand le mot désignant le délit unique se restreignit au sens de crime d'Etat, le supplice antique, conséquence d'une coutume répressive disparue même des mémoires, parut une monstruosité archaïque⁴ « *vestigium crudelitatis regiae* ».

Il faut d'ailleurs noter que dans les différents procès de

1. Modestin, *Fig.*, XLVIII, 9, 9, pv. « *Virgis sanguineis verberatus* » Cicéron nous parle du *folliculum lupinum* (*De Inv.*, II, 50, 148) et des *soleæ lignae* (*Rhet. ad Herennium*, I, 13, 23), enfin du *culleus* (*ibid.*). Modestin (*loc. cit.*) mentionne les animaux infernaux enfermés dans le *culleus*. Cf. aussi *Institutes*, IV, 18, 6 (*Lex Pompeia de parricidio*).

2. Cicéron, *Pro Rabirio*, IV.

3. Cf. l'expression « *more majorum* » qui désigne la crucifixion dans les textes. (Ex. : Suétone, *Néron*, 49 et Tacite, *Annal*, II, 32, « *more prisco* »).

4. Tite-Live, I, 56, 2, raconte comment Tarquin infligea cet outrage à des cadavres de citoyens suicidés pour ne pas subir une humiliation infamante.

perduellio que rapportent les sources, ni l'unité de compétence, ni l'unité de peine n'existe.

Pour Horace (Tite-Live, I, 26), nous trouvons des duumvirs et l'*infelix arbos*.

Spurius Cassius¹ accusé de *perduellio* est jugé par les questeurs et ses biens consacrés à Cérès, *devotio* considérée généralement comme tribunitienne.

Pour *Manlius*, nous trouvons des duumvirs et le jet de la Roche Tarpéienne, supplice habituellement infligé par les tribuns de la Plèbe. Valerius Antias (ap. Aulu-Gelle, VII, 9) nous parle d'une action en *perduellio* directement intentée par le tribun : « *Peposci, quoque... perduellionis ei diem dixit* ».

Enfin pour l'affaire de Rabirius, nous retrouvons duumvirs et *infelix arbos*.

C'est pourquoi nous concluons de ce relevé de procédures que l'unité de la notion de *perduellio* n'existe pas dans la répression, ni *a fortiori* dans le tribunal compétent pour l'ordonner. Il existe d'abord une notion antique assortie d'un supplice de même époque ; puis une notion classique restreinte au crime d'Etat et dont tout ce que nous pouvons affirmer est que les tribuns de la plèbe pouvaient y jouer un rôle ; enfin la fantaisie pseudo-archaïque et pseudo-juridique du procès de Rabirius.

Rien absolument dans ces conditions ne nous autorise à admettre que des magistrats techniquement intitulés « *duoviri perduellioni judicandae* » aient véritablement existé.

Ainsi les textes historiques ne mentionnent ni lois au-

1 *Epitome* de Tite-Live, 59 : Denys d'Halic., VII, 35, etc.

thentiques *de perduellione*, ni juridiction spéciale pour juger la *perduellionnis crimen*.

Cette carence législative et surtout judiciaire s'explique, si l'on considère d'une part l'importance d'une catégorie pénale voisine, le *crimen majestatis* dont nous allons parler, et d'autre part le droit coutumier, que nous examinerons aussitôt après.

§ 3. — UNE CRÉATION TRIBUNITIENNE VOISINE :

LE CRIMEN MAJESTATIS.

Il est remarquable que deux notions classiques comme le *crimen majestatis* et la *sacrosancta potestas* du tribunat, et aussi historiquement célèbres, aient été si peu rapprochées l'une de l'autre. Nous avouons n'avoir rien trouvé ni dans le Digeste, ni dans les anciens commentateurs en ce sens et par contre, autant il nous a paru que Mommsen avait égaré la doctrine moderne sur la *perduellio*, autant tout ce qu'il a dit du *crimen majestatis* nous semble pertinent.

Sur les origines mêmes du *crimen majestatis*, citons-le textuellement : « Le mot *majestas* a... une étymologie transparente, il désigne une situation élevée ¹, cette prééminence dont l'inférieur doit tenir compte, non pas un pouvoir supérieur mais un prestige plus grand ². La no-

1. Il vient de *major*; comme *potestas* vient de *potior*; ces deux termes paraissent corrélatifs: le second convenant au début à la magistrature patricienne et le premier à la quasi-magistrature plébéienne (note 2 de Mommsen, *loc. cit.*).

2. Cf. la formule diplomatique : *Majestatem populi romani comiter colunt* (Mommsen, *ibid.*).

Humbert (dans Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités gréco-latines*) objecte que (rien ne prouve) la théorie de Mommsen, ce qui est une bien faible réfutation.

tion a sans doute pénétré dans la procédure pénale par suite de la situation des chefs de la Plèbe, c'est-à-dire du groupe des citoyens qui n'appartenaient pas à la noblesse patricienne. Ces chefs ne rentraient pas dans la catégorie des magistrats de la communauté romaine, mais leur étaient assimilés. La violation des droits fondamentaux de la plèbe et l'offense faite à son chef ne purent être embrassées dans la notion et sous le nom de perduellion tant que le plébiscite ne fut pas *lex publica*, tant que les tribuns ne furent pas des magistrats ; mais la plèbe revendiqua pour sa constitution et ses chefs la même dignité et le même rang que ceux qui appartenaient légalement à la communauté et à ses magistrats et c'est pour l'atteinte à cette dignité et à ce rang qu'on vit apparaître pour la première fois l'expression d'amoindrissement de la majesté tribunitienne¹ ».

Malheureusement, Mommsen s'est arrêté là et n'a pas cherché à préciser cette évolution. C'est ce que nous nous efforcerons de faire.

Nous avons vu que la loi *Appuleia majestatis* (103 av. J.-C.) portée sur *rogatio* de tribun Saturninus contenait au dire de Cicéron une théorie déjà doctrinale ; d'une application militaire, elle ne sanctionne pas l'atteinte à la majesté du peuple et c'est pourquoi nous l'avons rangée en dépit de son titre sous le vocable de *perduellio*. L'affaire de Norbanus, poursuivie « *de majestate* » en vertu de cette loi, prouve cependant que la notion primitive de guerre s'est déjà étendue, avec une parfaite rectitude logique, à l'émeute sur le forum ; on sait en effet que Nor-

1. Mommsen, *Dr. pén.*, II, 235, n. 2.

banus fut inculpé d'excitation à la révolte lors du procès de Servilius Caepio.

Quand la guerre civile aura été légalement assimilée à la guerre contre l'Étranger, on peut dire que la théorie positive du crime d'Etat en droit romain sera construite.

Comment cette admirable conquête juridique dont le procès de Norbanus semble attester que la loi *Appuleia* fut une étape, s'est-elle opérée ?

Les textes relatifs au *crimen majestatis* demeurent malheureusement vagues et les définitions moins légales que rhétoriques¹. Ce n'est pas de ce côté que nous trouvons des éléments de solution, mais dans l'histoire de l'institution tribunitienne elle-même, nommée par Mommsen mais où il ne s'est pas engagé autant que l'y invitait l'excellence de son raisonnement.

La puissance tribunitienne archaïque. — On sait qu'à l'origine, le tribunat n'est pas une magistrature ; cela résulte de ce que deux éléments essentiels lui manquent : l'*auspicium* et l'*imperium*.

Notre principale source est ici Tite-Live qui dit de l'an 386 : « *Plebeius magistratus nullus auspicato creatur* »² et appelle le plébiscite « *Lex inauspicata* »³. Les textes n'offrent, à notre connaissance, aucun exemple de prise des auspices par un tribun, même pour son entrée en

1. *Rhet. ad. Herennium* : *majestatem is minuit qui, ea tollit, ex quibus rebus civitatis amplitudo constat.*

Cicéron, *De oratore*, II, 39, 164. *Majestas est amplitudo ac dignitas civitatis.*

Ulpien, *Dig.*, XLVIII, 4, 1, 1. *Majestatis crimen illud est quod adversus Populum romanum vel adversus ejus securitatem committitur. A rapprocher de la formule : majestatem laedet.*

2. Tite-Live, VI, 41, 5.

3. Tite-Live, VII, 6, 11.

charge. L'absence d'*imperium* va de soi. Les tribuns n'ont pas la *potestas legitima*, c'est-à-dire fondée sur une loi du Peuple romain. Le tribunat ne fait pas partie du *cursus honorum*. C'est une quasi-magistrature.

Quelle fut donc l'arme par laquelle il parvint à la formidable puissance de la fin de la République, qui lui permit de forcer des dictateurs eux-mêmes à s'incliner devant lui ?

La sacrosancta potestas. — Sur ce point aucune contestation n'est possible : la *sacrosancta potestas*¹.

L'origine du tribunat qu'on rattache à la fable de Menenius Agrippa sur l'Aventin (d'ailleurs possible) fut la même que l'origine de toutes les légitimités politiques : la force, justifiée par ce que de nos jours un sociologue² a appelée la « physique sociale » et on peut en ce sens soutenir qu'il est de droit divin.

Il est, si l'on examine les choses de près, d'essence religieuse, car il est des légitimités qui se fondent sur la loi écrite, d'autres sur la religion, le *Fas*, qui est au plus haut point à Rome une source juridique.

Le droit privé nous offre des exemples de recours au *Fas* lorsque le support du droit civil fait défaut à une institution. La *jurata promissio liberti*³ et tout au moins en doctrine le cas de l'acte valable qui ne doit pas être maintenu *ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt*⁴.

Que la *sacrosancta potestas* soit une notion faste, l'étymologie le prouve. *Sacro sanctum* signifie sanctionné (*sanctum* de *sancire*) par ce qui est sacré, et non

1. Et la force révolutionnaire de l'émeute !

2. La Tour du Pin.

3. Venuleius, *Dig.*, XL, 12, 44.

4. Ulpien, *Dig.*, XXIV, 1, 2, 1.

par le droit civil ni le droit honoraire. C'est au sens littéral, une *sacratio* qui s'attache au transgresseur de la règle, et la règle elle-même est la *lex sacrata* que nous retrouverons par la suite. L'interdiction de violer la majesté tribunitienne est dite sacrosainte ; c'est l'application stricte de la notion de *fas*.

Le maintien de cette notion au 1^{er} siècle avant Jésus-Christ est prouvé. Le texte fondamental est en ce sens le *Pro Tullio* où Cicéron dit exactement : « *Legem antiquam de legibus sacratis, quae jubeat impune occidi eum qui tribunum plebis pulsaverit* »¹.

Comme toujours, cette arme fut d'abord défensive, en assurant la liberté de parole du tribun haranguant le Peuple² et si l'on en croit une tradition dont Denys d'Halicarnasse se fait l'écho, ce privilège remonterait jusqu'à la première Sécession de la Plèbe³. La faculté pour n'importe qui de mettre à mort impunément quiconque attente à la majesté tribunitienne, porte, oserons-nous dire, le cachet du *fas*. Comme nous le verrons⁴, il n'y a pas là une justification commode de l'assassinat politique, mais l'exécution d'une loi religieuse, la *sacratio capitis*.

1. Cicéron, *Pro Tullio*, 47. Cf. aussi Plutarque, *Ti. Gracchus*, X.

2. *Loi Icilia* (262). Cf. Denys d'Halicarnasse (VII, 17). Δημαρχοῦ γνώμην ἀγορεύοντος ἐν δημῷ μηδεὶς λεγέτω μῆδεν ἐναντίον μηδὲ μεσολάθειτο τον λόγον. Ἐὰν δὲ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ διδοτω τοῖς δημαρχοῖς ἐγγυητας αἰτηθεὶς εἰς ἔκτισιν ἧς ἂν ἐπιθωσιν αὐτῷ ζημίας. Ὁ δὲ μὴ δίδους ἐγγυήτην θανατῷ ζημιουσθῶ καὶ τὰ χρηματὰ αὐτοῦ ἱερὰ ἔστω. Τῶν δ' ἀμφισβητούντων πρὸς ταύτας τὰς ζημίας αἱ κρίσεις ἐστώσαν ἐπὶ τοῦ δήμου. — Pline le J., *Ep.*, 23, 2 (tribunus)... quem interfari contionantem nefas esset.

3. Denys d'Halicarnasse, VII, 16. ὅταν οἱ δημαρχοὶ συναγάγωσι τον δημόν ὑπὲρ ὀτουδητινος, μὴ παρῆναι τῇ συνόδῳ τοὺς πατρικίους μὴδ' ἐνόχλειν.

4. Chapitre III. — Cicéron, *Pro Sestio*, 37, 79. Fretus sanctitate tribunatus, cum se non modo contra vim et ferrum, sed etiam contra verba atque interfationem legibus sacratio esse armatum putaret.

Les applications de ce droit tribunitien nous sont attestées dans les luttes politiques du 1^{er} siècle. Des magistrats ayant l'*imperium* furent les victimes de cette quasi-théocratie plébéienne, si ancrée dans la foi romaine que même les pontifes les plus acharnés dans les idées aristocratiques, tel Scipion Nasica, n'élevèrent jamais là-contre la protestation de leur autorité religieuse¹.

Le Tribunat classique. — Au VI^e siècle de Rome, le tribun est un magistrat, comme le veulent la logique et la *Loi Hortensia* (286 av. J.-C.) qui a fait du plébiscite une *lex publica*. Une preuve pittoresque nous en est donnée par son assistance à la Fête latine, parmi les magistrats patriciens. C'est même le seul cas, à notre connaissance, où il puisse être relevé de son antique interdiction de s'absenter de Rome plus d'une journée² par an.

À la protection de sa vie et de sa parole s'ajoute la répression des injures par acte ou par parole qui lèsent la majesté tribunitienne, *incarnation de la plèbe*. Sans doute, aucun texte, du moins préservé par le temps, n'a développé cette fiction juridique avec l'ampleur que présentera la *lex regia* sur la puissance impériale, mais elle doit être admise comme évidente.

Le Tribunat s'était rendu fort par une grave conséquence de la *sacrosancta potestas*, l'immunité pénale. L'arme devint offensive ; le tribun devint un magistrat

1. Valère-Maxime, IX, 5, 2. — Le consul Philippus est arrêté « quia interfari (tribunum)... contionantem ausus erat ».

2. Denys d'Halicarnasse, VIII, 87. οὐδὲ ἀπαυλισθῆναι τῆς πόλεως αὐτοῖς θεμὶς ὅτε μὴ πρὸς ἓνα καιρὸν, ἐν ᾧ πᾶσαι θύουσιν αἱ τῆς πόλεως ἀρχαὶ κοινὴν ὁπὲρ τοῦ ὅρος ἀναβαίνουσαι.

répressif, et cela sans que naturellement la provocation fut possible. Il prononça des *multae*¹, puis des peines *cognita causa*² et des *consecrationes bonorum*³. Il finit par disposer de la coercition capitale⁴.

Rien de plus intéressant que la politique du sénat en présence de cette évolution. Dans l'impossibilité de heurter de front la puissance tribunitienne, il s'attacha à l'apprivoiser, à y recourir au besoin, escomptant ainsi l'affaiblir dans son indépendance. Ainsi en 310 av. J.-C., il envoie au consul Q. Fabius alors général une ambassade en vue de le ramener à l'obéissance. Des tribuns accompagnent cette ambassade⁵.

Cicéron nous a laissé cependant la trace des rancunes furieuses que n'étouffèrent pas chez les *optimates* les concessions politiques, surtout après la crise du 1^{er} siècle⁶.

Ce bref aperçu de l'évolution du tribunat montre quelle formidable puissance représentait alors cette magistrature. Intervenant lors de toute atteinte aux droits de la plèbe, en agissant contre les fauteurs, il intervint logiquement contre l'atteinte aux droits du Peuple romain lui-même lorsqu'il devint une magistrature comme les autres. La souplesse politique du Sénat dut puissamment aider à cette évolution, et il dut faire tous ses efforts pour amener le tribunat à jouer ce rôle élargi dont bénéficiait l'Etat entier. Cette flatteuse confiance dans une

1. Plutarque, *Ti. Gracchus*, XII. Cf. aussi Mommsen, *Dr. pén.*, I, 58 et *Dr. pub.*, IV, 209, etc.

2. Mommsen, *Dr. public*, I, 164, 175-176.

3. Mommsen, *Dr. pénal*, I, 55.

4. *Epilome* de Tite-Live, 59, cité par Mommsen, *Dr. pén.*, I, 52.

5. Tite-Live, IX, 36, 14.

6. Cicéron, *Première Philippique* (8) : « Quam autem ad rei publicae pestem furor tribunitius impelli non poterit?... »

force de subversion sociale pour devenir le gardien de l'Ordre barrait la route aux sécessions antiques pour toujours, et est un chef-d'œuvre d'esprit politique comme de patriotisme, si l'on songe que les droits des tribuns leur avaient été donnés précisément à l'origine pour défendre l'autonomie plébienne.

Nous avons vu précédemment que les duumvirs de la *perduellio* sont d'une authenticité historique des plus suspecte. Une nouvelle preuve nous en est fournie ici. Aucune juridiction spécialement compétente pour juger les crimes politiques n'existait en réalité à Rome, et cette lacune ne fut point comblée par des duumvirs, mais bien par les accusations tribunitiennes devant le peuple.

La véritable manière dont le crime d'Etat fut donc poursuivi sous la République romaine se trouve dans les grands procès politiques tribunitiens.

Tite-Live, Denys d'Halicarnasse, Cicéron, fournissent de nombreux exemples de ces grands procès¹. Les deux premiers nous relatent en eux des événements capitaux de l'histoire romaine. Cicéron a plaidé dans ces sortes de procès ses causes les plus célèbres, et qui débordent d'ailleurs au sens strict le cadre de la *lex majestatis*.

Mais les institutions politiques s'engendrent et ne se fabriquent pas. Lorsque le principat naissant tirera, tel un héritier de son auteur, ses forces du tribunat antique tombant en deshérence, l'institution impériale y puisera son énergie juridique. L'empereur sera au peuple romain ce que le tribun fut à la plèbe et la théorie de la *lex*

1. Espèces innombrables, tantôt expressément qualifiées de *majestate*. Cf. *supra* l'affaire de C. Norbanus, tantôt analysables juridiquement sous d'autres qualification comme crimes d'Etat.

Tite-Live, III, 8, 8; XXV, 3, 4. Denys d'Halicarnasse, X, 41, 42.
Cicéron, *De invent.*, II, 17, 52. *Rhet. ad Herenn.*, I, 12, 21, etc.

regia traduira en réalité le transfert historique des attributions tribunitiennes à l'empereur ; le mot qui désignera la puissance impériale sera tirée non du vocabulaire militaire seulement (*imperator*) mais du vocabulaire plébéen, ce sera la *majestas*, et depuis Auguste, le vieux titre de tribun de la plèbe ne sera pas seulement une survivance dans la titulature, mais la base légale chez l'empereur de tout ce qui fut chez le tribun, l'inviolabilité, le *jus auxilii*, etc... L'institution impériale revendra même par une curieuse coïncidence à une conception toute religieuse ; le culte impérial, sous l'influence orientale produira une doctrine du droit divin qui peut se comparer à la *sacrosancta* (*ιερα καὶ ἀσυλη*) *potestas* du type le plus archaïque.

La preuve en réside dans le droit comme dans la langue. Dans le droit, les textes du Digeste et du Code, surtout la loi *Quisquis*¹, qui font de l'atteinte à la majesté impériale le type même du crime d'Etat, et le type le plus grave, se fondent indiscutablement sur l'idée de divinité impériale². Dans la langue, les mots qui servent en grec à désigner le crime d'Etat sont au nombre de deux : *ἀσεβεία* et *καθοσίωσις*, dans les *Basiliques* comme dans les sources du Bas-Empire³ et le christianisme lui-même n'effacera pas cette trace des textes.

Telle est la mesure dans laquelle le droit romain de la période républicaine connaît le crime d'Etat comme catégorie légale et judiciaire.

1. Cf. *Code Théodosien*, IX, 14, 3 et *Code Justinien*, IX, 8, 5, pr.

2. Cette idée ne fut jamais en cours pour le tribunat de la plèbe et le soutenir serait absurde, mais elle prolonge avec l'appoint oriental les vieilles idées romaines d'inviolabilité et de majesté.

3. Cf. Theodoret. *In Daniele*, ch. VI. Τῷ νῦν καλούμενῳ καθοσίωσιν πλέζαι αὐτῷ βουλόμενοι, cité par Cujas, *Paratit. in lib. IX, C. J.*, tit. VIII (p. 590) et *Basiliques*, LX, 36, *passim*.

CHAPITRE III

LE CRIME D'ETAT DANS LA COUTUME

§ 1. — LES PRINCIPES.

L'examen des textes nous a montré jusqu'à présent une répression légale du crime d'Etat en matière militaire seulement, et, sauf pour le *crimen majestatis* tribunitien, l'absence complète d'une organisation judiciaire spécialisée. Comment donc sera réprimée l'activité criminelle contre l'Etat en dehors de la sphère militaire d'une part, et de celle, d'autre part, du tribunat de la plèbe ?

Le cas le plus grave où cette activité criminelle existe n'est-il pas par ailleurs l'atteinte révolutionnaire à l'ordre établi¹ ? En pareil cas, les règles restreintes du droit militaire sont inapplicables sur le Forum, et, ce qui est plus grave, le tribunat ne peut plus jouer son rôle de ministère public, parce qu'il incarne *en fait* toutes les forces de désordre ; la raison pour laquelle la répression judiciaire fait ici défaut est évidente. Le *jus auxilii* des tribuns l'aurait paralysée systématiquement dans sa force exécutoire, et le tribun étant *sacrosanctus*, le Sénat ne pouvait rien contre lui tant qu'il était en charge.

1. Le long article consacré à la question par Pernice, dans *Z. S. S.*, 1912, p. 187-188 ne lui apporte aucun élément nouveau.

Cependant, la fréquence d'actes révolutionnaires dont la République souffrit le dommage est attestée par nos sources, ce qui montre bien que la *perduellio* civile exigeait des sanctions.

D'autre part, si nous ouvrons Tite-Live, Appien et les autres historiens de l'époque républicaine, nous ne pouvons qu'être frappés du nombre des assassinats politiques. L'esprit semble se trouver en présence d'une véritable « constante » historique qui revient périodiquement et où l'alternance d'un essai démagogique ou séditieux et l'assassinat de ses auteurs par ordre du Sénat forment comme une succession de cycles :

- 134. Essai démagogique de Tibérius Gracchus.
- 133. Assassinat de Ti. Gracchus par les sénateurs.
- 123. Essai démagogique de Caius Gracchus.
- 121. Caius Gracchus se suicide pour échapper à la même fin que son frère.
- 101. Essai démagogique de Saturninus.
- 100. Saturninus est assassiné par les sénateurs.

Sylla.

- 63. Essai séditieux de Cethegus, Lentulus et Catilina.
— Mise à mort des conjurés sans jugement.
- 45. Renversement de fait de la Constitution par la dictature de Jules César.
- 44. César assassiné en plein Sénat.

Si nous voulions prendre au sérieux les histoires de Spurius Maelius tué par Servilius Ahala¹ et d'autres dont les premiers livres de Tite-Live fourmillent, cette

1. Tite-Live, IV, 14.

« loi » tragique remonterait même très haut dans l'histoire romaine.

A notre sens, ce serait la solution paresseuse que de mettre ces sanglantes séries sur le compte de la passion politique seule. De tels dérèglements étonnent trop la raison, dans une société où le respect du *jus civitatis* est une base générale, pour s'en tenir là. L'étonnement redouble quand on considère qu'un des traits essentiels du civisme romain est le respect de l'autorité, trop classique pour que nous y insistions, et que ces assassinats sont commis non par la multitude, mais par les *optimates*, les sénateurs, ceux dont l'intérêt de caste réside dans le respect des principes.

C'est dire que nous n'avons nullement à résoudre un problème de psychologie politique, ni à puiser dans les tirades de Plutarque notre conviction.

A notre examen, la lacune judiciaire que nous avons signalée en matière de crime d'Etat, et la lacune rationnelle que pose le second problème trouvent la même explication, dans une notion essentiellement juridique : la Coutume. La valeur de la Coutume (*mos*) comme source du Droit est de tous les temps, et il existe une coutume pénale comme une coutume civile. Sans ôter le moins du monde à la coutume son essence juridique, on peut dire qu'en ce qui concerne les crimes contre l'Etat, elle est évidemment fonction des théories constitutionnelles.

A Rome et dans la matière qui nous occupe, les théories fondamentales qu'il faut induire des textes sont au nombre de deux, que nous concrétiserons en deux formules pour la clarté du chapitre ;

1° Le crime d'Etat supprime *ipso facto* le droit de Cité, donc les garanties d'une répression légale.

2° La *sacratio capitis* s'attache à la simple perpétration du crime d'Etat.

Nous nous bornons à indiquer ces deux principes pour le moment. Ce n'est, en bonne méthode historique, qu'après l'examen des paradigmes que nous tenterons d'exposer leur théorie qui est, si l'on peut dire, l'âme de la coutume ; le corps, c'est-à-dire le cadre où elle évolue, étant, comme nous le verrons aussi en fin de chapitre, le Sénat.

§ 2. — LES PARADIGMES.

A. Tibérius Gracchus.

Sources. — L'histoire des Gracques est restée longtemps obscure. Les sources que nous possédons sur elle sont d'ailleurs de valeur inégale. Au premier plan se situe le pseudo-Appien¹, puis Plutarque qui a visiblement suivi des traditions différentes, ainsi que Velleius Paterculus, Valère-Maxime, Florus, Dion Cassius et l'auteur demeuré inconnu du *de viris illustribus*. La décade de Tite-Live consacrée à l'époque gracchienne est malheureusement perdue ; mais les *periochae* subsistent

Critique. — Ces sources ne nous donnent d'ailleurs

1. Appien, *Guerres civiles*, I, 12 et suiv. La démarcation par Appien d'un historien antérieur est aujourd'hui admise en ce qui concerne ce chapitre. M. Cardinali le place au I^{er} siècle (*Studi Graccani*, p. 77) et selon Kornemann (*Klio*, XVII, p. 33-43) cité par Carcopino, *Autour des Gracques*, p. 6, cet historien ne serait autre que Cremutius Cordus. Sur les sources d'Appien, cf. Schwartz, dans Pauly-Wissowa, III, c. 216.

que des renseignements de seconde main. Kornemann¹ les faisait dériver d'un auteur unique et contemporain, Fannius par exemple, mais M. Cardinali² a montré que nous avons en réalité affaire à plusieurs courants de littérature politique, où la valeur historique du récit du pseudo-Appien a été démontré définitivement à notre avis dans le livre magistral de M. Carcopino paru en 1928³. L'histoire comparée des *Quellenforschungen* montre d'ailleurs la même diversité dans toutes les histoires où la réalité se mêle à ces légendes constitutionnelles par lesquelles les Anciens justifiaient après coup les institutions. Nul n'ignore par exemple le rôle des « *Attidographe*s » dans les sources de la Πολιτεία Ἀθηναίων d'Aristote. Et l'on peut dire qu'ici les sources sont à la fois obscures, contradictoires et tendancieuses, sauf sur la grande scène finale de la mort de Tibérius Gracchus en 133.

Les causes de l'assassinat sont traditionnellement au nombre de trois : La déposition d'Octavius, la loi agraire, l'affaire d'Attale.

La déposition d'Octavius. — Sur le processus qui aboutit au coup de force de Tibérius Gracchus et que chacun connaît, les récits de Plutarque et du pseudo-Appien divergent, mais leur examen est hors de notre étude. Nous constatons simplement leur concordance sur un point : Octavius fut déposé par la plèbe sur la demande de son collègue. Ce que nous avons dit de la sacrosainte majesté tribunitienne montre suffisamment que ce fut là, une violation qualifiée. Tibérius avait commis un *crimen*

1. Kornemann, *Klio*, Beiheft, I, 1903, cité par Carcopino, *op. cit.*, p. 7.

2. Cardinali, *op. cit.*, *passim*.

3. Carcopino, *Autour des Gracques*, Paris, 1928.

majestatis indiscutable et aux conséquences pénales duquel son inviolabilité seule put le soustraire. La preuve en réside dans les menaces¹ dont il fut l'objet comme devant se réaliser lors de sa sortie de charge et son propre acharnement à se maintenir à l'abri en restant en charge.

Il est certain que Tibérius encourait la *sacratio capitis* à la suite d'une pareille subversion politique².

La loi agraire. — On sait à quel degré la création des triumvirs *agris adsignandis* porta la fureur du Sénat, mais c'est à tort qu'on y voit la cause psychologique de l'intention qui y couvait contre la vie de Tibérius. Sa *rogatio* était sur ce point parfaitement légale.

L'affaire d'Attale. — Nous ne dirons rien non plus de la célèbre affaire d'Attale, qui est une invention des plus apocryphes. La critique de M. Carcopino en a fait justice, selon nous, définitivement³.

Le justitium. — Il est un point cependant où, à notre avis, cette critique demeure hasardeuse, c'est à propos du célèbre *justitium* de T. Gracchus par lequel Plutarque⁴ nous le montre fermant l'*aerarium* en y apposant son propre sceau et suspendant toutes les magistratures

1. Pseudo-Appien, I, 13, 4. 'Ελογοποιοῦν, οὐ χαίρειν Γράκχον αὐτίκα ὅτε γένοιτο ἰδιώτης, ἀρχὴν τε ὑβρίσαντα ἱερὰν καὶ ἄστυλον.

Orse, V, 8, 4. « Etiam Q. Pompeius spondit se Gracchum, cum primum magistratu abisset, accusaturum ». Cf. aussi Cicéron.

Cicéron, *De amicitia*, XI, 37, sur la rupture d'amitié entre Tibérius et Aelius Tubero à la suite de ces événements et le discours de T. Annius Luscus que Festus nous a conservé (Carcopino, *op. cit.*, p. 31).

2. Cf. Tite-Live, II, 33 « Agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones, ut plebi sui magistratus essent sacrosancti ».

3. Carcopino, *op. cit.*, p. 33 et suiv.

4. Plutarque, *Ti. Gracchus*, XII.

par son *veto*. M. Carcopino ¹ y voit une monstruosité juridique, l'exercice d'un droit non tribunitien, mais dictatorial, et en tous cas un ἀπαξ dans toute l'histoire romaine. Cette critique ne nous a pas convaincu. Dire que le *jus-titium* ressortit « au dictateur seul en vertu de ses pouvoirs illimités » est anachronique au II^e siècle où la dictature *optima lege* n'existe plus. Le veto tribunitien n'étant limité par aucun texte légal, on voit mal en quoi Tibérius aurait commis une « monstruosité juridique » au point de vue de la doctrine politique des *populares* qui était évidemment le sien. Il n'y a pas lieu de suspecter Plutarque sur ce point ².

Nous avons le droit cependant de dire que, sans heurter les principes juridiques du *veto*, l'acte de Ti. Gracchus constituait une véritable coup d'Etat, enrayait la machine publique et en fait constituait dans la doctrine patricienne un véritable crime d'Etat, dont l'impunité ne fut due, comme toujours, qu'à l'inviolabilité du criminel tant qu'il demeurerait tribun. On sait d'ailleurs qu'il dut retirer par la force son *veto*.

Tel nous apparaît Ti. Gracchus : violateur de la *majestas* dans la déposition d'Octavius, agissant de fait exactement en ennemi dans l'exercice de son droit de *veto* ³. La puissance tribunitienne, où se trouve l'embryon de la future *majestas* impériale (cf. chapitre II, *in fine*), ten-

1. Carcopino, *op. cit.*, p. 16-18.

2. C'est l'avis de Mommsen, *Dr. publ.*, I, 301 et de Fraccaro, *Studi sull'età dei Gracchi*, p. 100 (cité par Carcopino, *op. cit.*, p. 19). Cf. aussi Münzer dans Pauly-Wissowa, 2^e série, IV, c. 1416.

3. Il va sans dire que la théorie « Neminem laedat qui suo jure utitur » ne s'applique pas ici.

dait, de ce fait, à un caractère nettement monarchique¹ et de là à voir une aspiration réelle à la tyrannie, il n'y avait, pour les doctrinaires de la légitimité républicaine, que la distance de l'occasion.

Mort de Tibérius Gracchus. — Cette occasion se présenta aux Comices de juillet 133. Rien de plus célèbre que la fameuse scène de sa fin dans Plutarque : ne pouvant dominer le bruit, il porte sa main à sa tête pour faire comprendre à ses partisans que sa vie était en danger. On annonce aussitôt au Sénat réuni dans le temple de la Concorde qu'il réclame le diadème royal. Scipion Nasica se lève et somme le consul d'abattre le tyran. Ce dernier, le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola, refuse. Nasica entraîne les sénateurs vers l'Aventin. C'est une extraordinaire ruée de grands personnages devant laquelle chacun s'écarte épouvanté. Tibérius Gracchus est assommé à coups de pieds de bancs, ses partisans poursuivis avec féroce, et sa mémoire déclarée exécration.

Tout est à examiner de près dans ce magnifique tableau d'histoire. L'analyse juridique des actes de Tibérius nous a convaincu qu'ils constituaient au moins deux cas de crime d'Etat. Les détails de sa mise à mort nous ont confirmé dans cette opinion.

La scène du geste de sa main à la tête n'est peut-être

1. Ceci n'est que l'opinion authentique des Anciens. Plutarque dit à propos de C. Gracchus : *Μοναρχική τις ἰσχύς ἐγεγόνει περὶ αὐτοῦ, ὥστε καὶ τὴν σύγκλητον ἀνέχεσθαι συμβουλευόντος αὐτοῦ · συνεβούλευε δὲ αὖτις τῶν ἐκείνην προπόντων εἰσηγούμενος (Caius Gracchus, VI).*

Dans son immunité, dans sa *sacrosancta potestas*, le tribunat contient le germe de la tyrannie.

2. Plutarque, *Ti. Gracchus*, XXII et suiv.

pas une légende. Le pseudo-Appien¹ nous dit textuellement : « καὶ σημείον εἰ καὶ μάχης δεησείεν ὑποδείξας ».

Rien d'impossible à ce que ce « Σημεῖον » ait précisément été le geste raconté par Plutarque et il n'est pas forcé que ce soit là une invention d'historiographe du parti aristocratique ou d'un rhéteur. Psychologiquement même, rien de plus vraisemblable si l'on constate que ce fut le début et comme le signal du massacre. En tout cas, l'attitude de Tibérius est ouvertement révolutionnaire. C'est ici qu'apparaît l'orageuse figure de Scipion Nasica, propre cousin de Tiberius, et qui éclaire tout le récit. Il commence par sommer Q. M. Scaevola d'agir. Le refus du consul fut celui de la légalité positive, de ce même *jus civile* dont Q. M. Scaevola fut un des premiers prudents. Alors se produit un événement foncièrement romain. L'incarnation du *fas*, l'arbitre du *sacrosanctum* intervient, en la personne du grand pontife lui-même, qui n'est autre que Scipion Nasica². La sanction religieuse qui menaçait Tibérius, la *sacratio capitis*, va recevoir une éclatante application.

D'un geste que tous les historiens ont noté, le grand pontife couvre sa tête d'un pan de sa toge, mystérieux signe qui fut comme le ralliement de tous les *optimates*. Ce geste trahissait le plus incontestable sens symbolique. Il avait déjà éveillé la curiosité d'Appien³ qui en pro-

1. Appien, *Guerres civ.*, I, 16.

2. Appien, *Guerres civ.*, *ibid.* καὶ πρῶτος αὐτοῖς ὁ μεγίσθος ἀρχιερεὺς ... Κορνήλιος Σκιπίων δ' Νασικάς. ὁδοῖα τε μέγιστον ἐπεσθαι οἱ τοὺς ἐθέλοντας σωζέσθαι τὴν πατρίδα.

Cicéron le qualifia après sa mort de « vir clarissimus » (*Pro Flacco*, XXXI)

3. Appien, *loc. cit.* καὶ το κρασπεδον τοῦ ἱματίου ἐς τὴν κεφαλὴν περιεσπασατο, εἴτε τῷ παρασήμερ τοῦ σχημάτος πλεόντας οἱ συντρεχεῖν ἐπισπασμένος, εἴτε πολέμου τι συμβολὸν τοῖς ὄρωσιν ὡς κορύθα ποιούμενος, εἴτε θεοῦς ἐγκαλυπτομένων ὧν ἐμελλε δράσειν., κ. τ. λ.

pose plusieurs significations, d'ailleurs fausses, et il est étonnant qu'aucun historien moderne, à notre connaissance, n'ait été frappé de ce geste que les Anciens avaient fidèlement noté. L'énigme, pour nous, s'éclaire par la qualité de grand pontife de Nasica : c'est le geste rituel du prêtre qui menace de la vieille exécution religieuse (*supplicium*) le criminel que la *sacratio capitis* a atteint. On sait que la mise à mort fut dans une certaine mesure considérée dans le droit ancien comme un sacrifice humain¹. Or, le *ritus romanus*², c'est-à-dire précisément celui placé sous la direction du *pontifex maximus*, par opposition au *ritus graecus* qui dépend des *XV viri sacris faciundis* exigeait que l'on sacrifiât « *capite velato* »³ ; ce geste rituel nous est confirmé par un manuscrit de Virgile au Vatican représentant l'ombre d'Anchise⁴ et par un bas-relief de l'époque impériale représentant un *suovetaurile*⁵. Un tel geste devait lever tous les scrupules. L'assassinat de Tibérius Gracchus fut une authenti-

1. Strachan Davidson, *Problems of the roman criminal law*, I, p. 2-3, repousse la théorie de M. P.-F. Girard pour qui la conception de l'exécution-sacrifice était générale à l'époque très ancienne (*Org. judic. des Rom.*, p. 33) et remarque que le supplice du feu réservé à l'incendiaire repose sur l'idée différente, de *lex talionis*. — Mais nous savons que la *Loi des XII Tables* prescrivait que le voleur des moissons fût « *Cereri suspensum ne catus* » (Bruns, *Fontes iuris romani*, p. 31). M. Strachan Davidson cite aussi l'étrange histoire rapportée par Dion Cassius (CLIII, 24, 4) sur ces deux criminels immolés sous la dictature de César par les pontifes sur le Champ-de-Mars et en présence du prêtre de Mars. Ces textes et la similitude d'instrument dans le supplice et dans le sacrifice, la *hache* qui se retrouve chez les licteurs comme chez les prêtres, étaient au moins partiellement la théorie.

2. Cf. Marquardt, *Le culte*, I, 227.

3. Plutarque, *Quaest. rom.*, 10.

Macrobe, I, 8. Habet aram (Saturnus)... et ante senaculum illic Graeco ritu capite aperto res divina fit. *Id.*, III, 6 (avec citat. de Varron). Ce rite se retrouve dans les *sacra ambarvalia* (Tite-Live, V, 46, 2), l'ouverture du temple de Janus (Caton, *Orig. ap. Serv. ad. Aen.*, V, 775) et le fameux Cinctus Gabinus (*Ibid.*). Cf. aussi C. I. L. XI, 1420, 25.

4. Daremberg et Saglio, *Dict. des Antiq.*, vol. V, p. 352.

5. *Id.*, p. 975. N. B. Le sacrificateur seul a la tête voilée.

que exécution capitale, présidée par le grand pontife en personne et l'exécution de sa mémoire qui suivit participe du même caractère.

Une dernière preuve de l'exécution pour *perduellio* de Tibérius résulte de l'oraison funèbre que prononça à cette occasion son propre cousin Scipion Emilien : « *Hic, cum interrogante tribuno Carbone quid de Ti. Gracchi caede sentiret, respondit : Si is occupandae reipublicae animum habuisset jure caesum*¹. »

Les actes, puis la fin de Ti. Gracchus, et cette appréciation mémorable sont un probant exemple de répression coutumière du crime d'Etat, dont les deux concepts fondamentaux apparaissent avec évidence : le droit de cité, voire la magistrature, ne compte plus en cas de *perduellio*, et la *sacratio* résulte *ipso facto* du crime.

B. Caius Gracchus (124-122)².

L'histoire de Caius Gracchus présente un double intérêt : sa loi *Sempronia* (124) est l'irrécusable preuve que c'est bien comme *perduellis* que Tibérius avait été mis à mort. En second lieu, la propre activité de Caius et sa fin sont une nouvelle application de la même idée : la répression coutumière du crime d'Etat. Rappelons en un tableau succinct cette activité :

129. Scipion Emilien meurt après avoir transféré aux consuls les pouvoirs des triumvirs agraires. — Réveil du parti des *Populares*. — Caius

1. Velleius Paterculus, II, 4, 4, cf. aussi Cicéron, *De orat.*, II, 106. *pro Milone*, III, 8. *Epilome* de Tite-Live, LXXXIX. *De viris illustribus*, LVIII, 8.

2. Cf. pour les sources *supra* Ti. Gracchus.

Gracchus est questeur en Sardaigne. —
Affaire de Frégelles.

124-123. *Accession de Caius au tribunat.*

Il rend leurs pouvoirs aux triumvirs.

Loi coloniale.

Loi frumentaire.

Lois sur la *centurie prérogative*, désormais tirée au sort.

Lois interdisant aux consuls et au Sénat de faire mettre à mort un citoyen, dites « *Loi Sempronia* », et assortie de la sanction capitale.

Loi sur les proconsuls.

Loi judiciaire.

122. La politique de surenchères de Livius Drusus, collègue de Caius, le fait échouer aux élections à un troisième tribunat.

Il reste triumvir.

Violation par Caius de la *Loi Icilia*.

Quasi-dictature d'Opimius.

Mort de Caius et exécution de sa mémoire.

La politique de Caius ne fut pas aussi ouvertement dirigée contre la légalité que celle de Tibérius, mais, comme elle, son but fut la destruction de la suprématie du Sénat au profit du tribunat de la Plèbe. L'aspiration à la tyrannie que le parti républicain y pressentit, fortifiée du président de Tibérius, prenait à ses yeux un caractère dynastique. La leçon de 133 avait servi aux *optimates*. Le réalisme politique romain comprit que la sauvegarde de la République n'était pas la défense verbale de son principe, mais de la caste qui l'incarnait,

vérification éternelle des analyses de la *Politique* d'Aristote et de sa théorie du gouvernement oligarchique¹. De même que la Plèbe, pour les Plébéiens, s'incarnait dans la personne et parlait par la voix du tribun, la République, pour les *optimates*, c'était la tradition constitutionnelle : les consuls et le Sénat², ou le dictateur, ou la caste aristocratique que signifiaient ces mots sans la réalité et sans la défense de laquelle, en tant que caste, la République se vouait à la mort. La légitimité oligarchique, c'était la légitime défense de l'Etat en lui-même ; les conséquences de cette doctrine en matière d'Etat sont la cause de la fin de Caius Gracchus, *perduellis* et *hostis publicus*.

La loi Sempronia. — C'est la loi *Porcia*³ rendue en 199 avant J.-C. qui avait déterminé les conditions de mise à mort des citoyens romains, dont le caractère principal résidait déjà dans le *jus provocationis*. Quelques textes antérieurs à l'époque des Gracques⁴ sur cette question montrent qu'elle était incertaine. Toujours est-il que la loi *Porcia* devait être en pleine désuétude à l'époque des Gracques puisque précisément Caius entreprit de la remettre en vigueur.

Le *de suppliciis* nous parle⁵ de « *leges semproniae* »,

1. Aristote, *Politique*, VI, 5.

2. Cf. Cicéron, *Pro Rab.*, I. « Summum in consulibus imperium, summum in senatu consilium ».

3. Cf. Cicéron, *Pro Rab.*, III, et *de suppliciis*, LXII. « O jus eximium nostrae libertatis ! O lex Porcia, legesque Semproniae ! et Salluste, *Catil.*, LI.

4. Mommsen, *Dr. pén.*, I, 301, note 1, cite Tite-Live, XXIX, 19, 5 (affaire de Q. Pleminius) et le sénatus-consulte des Bacchanales : *Eis rem capitalem faciendam* mais l'absence de provocation reste d'après lui problématique.

5. Cicéron, *De suppliciis*, loc. cit. : « O nomen dulce libertatis ! o jus eximium nostrae civitatis ! o lex Porciae, legesque Semproniae ! ».

et de fait il y a bien lieu de croire que Caius soumit deux *rogationes* au peuple, l'une sur la remise en vigueur de la provocation, l'autre contre les meurtriers de Tibérius, et non une loi unique, car non seulement le pluriel employé par Cicéron serait en ce cas incompréhensible, mais encore il faudrait supposer la rétroactivité de la loi, ce qui est bien peu probable. Toujours est-il que, dans ce qu'il est convenu d'appeler globalement la loi *Sempronia*, se trouve la doctrine sur la question de savoir si la *perduellio* faisait perdre *ipso facto* ou non le droit de cité, question tranchée par la négative. C'est bien ainsi que l'a entendu Mommsen¹ et ce point peut être considéré comme acquis. Mais la thèse des *populares* souligne par là même la thèse adverse, c'est-à-dire celle du Sénat, et que nous avons donc le droit de qualifier de « coutumière » au sens le plus juridique, nouvelle preuve que Ti. Gracchus avait bien été mis à mort pour *perduellio*.

La même accusation est bien celle qui fut dirigée, semble-t-il, contre Caius lui-même, non parce qu'il avait commis comme son aîné quelque violation de la constitution aussi révolutionnaire que la déposition d'un tribun ou la proclamation d'un *veto* général, mais pour l'esprit de ses *rogationes*. Ce fut ce qu'on appelait au XIX^e siècle un « procès de tendances ».

La loi *Sempronia* dont nous n'avons pas à retracer les résultats politiques, d'ailleurs célèbres, portait aux *optimates* un coup terrible. L'assimilation au meurtre de la mise à mort d'un citoyen sans les formes légales risquait de décimer le Sénat. Cette terrible maladresse constituait

1. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, I, 301.

de plus une *perduellio* dans la conception élargie des oligarques que nous avons résumée ¹, car sur les ruines de l'aristocratie qu'aurait provoquée l'application stricte de la loi, la puissance tribunitienne aurait jeté des bases constitutionnelles nouvelles et la « majesté tribunitienne » prit par la force des choses un autre nom, celui-là même qui était odieux aux Romains.

Telle semble bien au reste avoir été l'opinion des Anciens ².

La violation de la loi Icilia, lex sacrata. — Nous avons vu ce qu'était la loi *Icilia* dont parle Denys d'Halicarnasse et sur laquelle nous avons aussi le témoignage de Valère-Maxime et de Pline le Jeune ³. Les savantes inductions de M. Carcopino ⁴ tirées du jeu de l'alternance triumvirale ont mis en évidence les causes de la mort de Caius.

Le pseudo-Appien nous a laissé un récit dramatique sur la fin de Caius, dont la cause occasionnelle fut la fameuse lettre de Papirius Carbon au Sénat, relatant l'absurde histoire des loups déplaçant les cippes de la colonie de Carthage ⁵. Suit le massacre par les *Populares* du licteur d'Opimius et la harangue improvisée de Caius

1. Cette doctrine oligarchique se retrouve dans les luttes civiles au sein des Cités grecques et constitue un phénomène social qui n'a rien de proprement romain. Dans certaines cités l'*oppression* de la classe inférieure devint même un devoir que le magistrat jurait d'accomplir avant d'entrer en fonctions. Cf. Aristote, *Politique*, VIII, 7, 19. Cette conséquence extrême n'était pas illogique dans des cités doriennes, mais les *optimates* romains n'en vinrent jamais là.

2. Cf. Plutarque, *Caius Gracchus*, VI.

3. Valère-Maxime, IX, 5, 2. Un tribun fait arrêter le *consul* Philippus « quia interfari contionantem ausus erat ».

Pline le Jeune, *Ep.*, I, 23, 2. « Quem interfari *nefas* esset ».

4. Carcopino, *op. cit.*, IV. Cf. surtout le rôle de Papirius Carbon et sa complicité avec Opimius, p. 286-290.

5. Carcopino, *op. cit.*, p. 289 et la note 3.

(redevenu simple triumvir) pour se défendre d'en être responsable, au moment où un tribun avait déjà la parole. C'en était fait. La loi *Icilia* violée, la *sacratio capitis* qu'elle commina en pareil cas, atteignait Caius infailliblement. Une *sénatus-consulte* ultime prescrivit à Opimius de veiller à ce que la République ne souffrît aucun dommage¹. Le mécanisme de la mise hors la loi² déclenché ne s'arrêtera plus. Cité d'abord à comparaître devant le Sénat en vue d'une instance dans les formes, Caius fait défaut, ajoutant au précédent délit la désobéissance au dictateur. On sait la suite ; traqué sur l'Aventin, c'est la fuite folle et le suicide dans un bois environnant, sans lequel le carnage eût été certain. Le cadavre du triumvir est jeté dans le fleuve, sa maison ravagée et interdiction faite à Cornélie de porter le deuil de son fils. L'exécration de la mémoire clôture la terrible série.

Telle est l'analyse, que nous croyons exacte, de la *perduellio* de Caius Gracchus, acculé à la mort par le Sénat auquel il avait déclaré la guerre, et violateur de la loi *Icilia*³. L'interdiction faite à Cornélie de porter son deuil accuse le caractère de *perduellio* plus que tout le reste ; nous savons en effet que cette grave interdiction était

1. A notre connaissance, le *sénatus-consulte* ultime trouva là sa première application ; c'était une résurrection déguisée, somme toute de la dictature *optima lege* tombée en désuétude, sans doute à cause de sa brève durée, peu propre aux expéditions militaires lorsqu'elles débordèrent le cadre de l'Italie.

2. Plutarque souligne pour les deux Gracques cette mise hors la loi. *Ti. Gracch.*, XX.

τῶν Φίλων αὐτοῦ τοὺς μὲν ἐξεκέρυττον ἀκρίτους, τοὺς συλλαμβάνοντες ἀπεκτείνονταν.

Caius Gracch., IV, *cil.*, par Mommsen, *Dr. pén. rom.*, I, 299, note 2.

3. Comme nous l'avons dit, la politique du Sénat comportait un respect strict de la majesté des tribuns et même leur institution fut un cadre où elle s'exerça parfois judicieusement. Cf. aussi *supra*.

Ce ne fut que par réaction contre les empiètements du tribunat que l'ancien esprit de conciliation fit place à une défensive rigoureuse.

spécialement imposée par le Législateur à la famille de ceux qui avaient été punis de mort pour ce crime¹ et la mesure prise à l'égard de la mère des Gracques n'est nullement une cruauté morale qui eût été singulière vis-à-vis de la fille de Scipion l'Africain, mais un arrêté officiel tirant sa force de la loi.

C. *Saturninus* (100).

Sources. — Comme l'histoire des Gracques, celle de Saturninus nous est parvenue par deux traditions ; elles concordent d'ailleurs sur la mort du tribun. La version aristocratique est contenue dans Florus, et la *vie de Marius* de Plutarque. Une source plus ancienne est Cicéron, dans le *pro Rabirio*. Enfin il reste Appien dans ses *guerres civiles*. La décade de Tite-Live où était narrée l'histoire de Saturninus est perdue.

Il est incontestable qu'ici encore, nous rencontrons une *perduellio* réprimée suivant la coutume.

*Les événements*². — Aux élections de 101, Marius fut élu consul, et les deux autres chefs des *populares* Glaucia et Saturninus respectivement préteur et tribun de la plèbe. Ce fut aussitôt la démagogie elle-même qui régna dans Rome, et en particulier les surenchères sur les lois agraires. On sait avec quelles difficultés, par ailleurs, Glaucia fit adopter sa *lex repetundarum*. L'agitation fut telle, surtout après le serment forcé des sénateurs et l'exil de Metellus, que le consul se sépara du

1. *Dig.*, III, 2, 11, 3, XI, 7, 35.

2. Cf. *Epitome* de Tite-Live, 69. — Appien, *Guerres civiles*, I, 32. Florus, II, 4; et suiv. (et bien entendu, le *Pro Rabirio*).

tribun. Cela n'empêcha pas Saturninus, aux élections de 100, de poser sa candidature à un nouveau tribunat. Au cours d'une bagarre électorale, les *Populares* massacrèrent le concurrent de Glaucia. Marius, devenu l'allié des *optimates* par un de ces retours politiques dont l'étude appartient à la conjecture psychologique beaucoup plus qu'aux textes, fut investi alors d'une quasi dictature, par le sénatus-consulte : « *Caveat consul* » ; ce fut aussitôt le déclenchement de la guerre civile et le massacre de Saturninus en pleine *Curia Hostilia*, où les *Patres* tenaient séance.

Analyse. — La *lex repentundarum* de Glaucia, que Saturninus avait soutenue de toutes ses forces, était une des tentatives par lesquelles le tribunat s'efforçait depuis les Gracques de ruiner l'autorité du Sénat en transférant les fonctions judiciaires aux Chevaliers. De plus, elle visait un nombre considérable d'*optimates*. Jusque-là la tendance politique du tribun s'avérait donc nettement anti-sénatoriale et comme pour Caius Gracchus avant 121 évoluait vers une rupture inévitable avec les nobles, rupture qui, dans leur pensée, déchirait la République et constituait une atteinte criminelle contre l'État lui-même¹.

L'assassinat commis par les bandits armés de Saturninus aux élections fut le passage de cette *perduellio* latente de la puissance à l'acte. Florus² rapporte même qu'à l'émeute à l'intérieur du *pomoerium*, ce qui était

1. Mommsen qualifie avec justesse de « fléau » la conception élargie de tels principes, qui apparaîtra au Principat. Dès le ^{II}e siècle av. J.-C., il est exact de dire que juridiquement, « tout reproche politique pouvait ainsi prendre la forme d'une accusation pénale » (*Dr. pén. rom.*, II, *passim*).

2. Florus, III, 17.

déjà largement suffisant pour constituer un *perduellis*, il reçut d'un de ses partisans l'appellation de roi. Le mécanisme du sénatus-consulte ultime qui avait joué déjà contre Caius Gracchus se déclancha à nouveau. Assiégé dans le Capitole avec Glaucia, Sauféius et T. Labienus ¹, il vint dans la *Curia Hostilia* où le Sénat tenait séance et malgré la sauvegarde de la *fides publica* que lui avait donnée le consul, y fut massacré. Ici encore, il y a moins lieu de parler de la félonie des *optimates* que de l'application stricte de la raison d'Etat, règle juridique suprême : *salus Populi suprema lex*, et qu'une analyse exacte ne doit pas confondre avec la morale. Si l'on en croit l'auteur du *de Viris illustribus* ², sa tête sanglante fut promenée alors dans des banquets, suivant cette sorte de rite qui se retrouve lors de toutes les révolutions, y compris la Révolution française. C'est à cette occasion que, comme Rome tout entière, Rabirius prit les armes contre l'ennemi public. Cicéron l'avouera hautement ³ dans son plaidoyer. Bien plus, il nous dira que ce n'est pas comme avocat mais comme consul ⁴ qu'il assure sa défense.

La clef de l'affaire de Saturninus, comme de celle de Rabirius est bien là. C'est le consul, son défenseur naturel, que l'Etat trouvera pour le défendre. N'est-ce pas la preuve que le véritable crime d'Etat ne fut pas du côté de C. Rabirius, mais de Saturninus ? Suivant la doctrine aristocratique incarnant l'Etat dans le corps

1. Oncle du futur accusateur de C. Rabirius, lieutenant de César en Gaule.

2. *De viris illustribus*, LXXIII, 12.

3. Cicéron, *Pro Rabirio*, VI, 19 : « Confiteor interficiendi Saturnini causa C. Rabirium arma cepisse ».

4. *Ibid.*, I, 2. « Salus rei publicae, consulare officium, consulatus denique ipse... etc. ».

sénatorial, c'est en tout cas ce que le Consul lui-même nous dira encore : « *Ego in Rabirio perduellionis reo interpositam senatus auctoritatem sustinui contra invidiam atque defendi* ». ¹

Hostilité contre l'Etat patricien, d'où crime d'Etat. Répression sans procédure, nous retrouvons ici encore les éléments de la *perduellio* coutumière.

D. Les complices de Catilina.

Sources. — Cette affaire, que nous citerons comme quatrième paradigme de *perduellio* coutumier, se passe de tout rappel historique. Elle est peut-être celle où la répression, telle que l'entend le droit coutumier, apparaît le mieux. Aussi nous bornerons-nous à la revue des textes qui le démontrent, dans les trois sources classiques des *Catilinaires*, de Salluste et de Plutarque.

Les éléments d'incrimination. — Que les visées de Catilina et de ses complices soient tombées sous le coup de toutes les lois imaginables ¹ contre le crime d'Etat, cela saute aux yeux, depuis l'usurpation des insignes officiels ² jusqu'au grand dessein de renverser l'Etat romain tout entier, en vue, indubitablement, d'instaurer sur ses ruines une tyrannie ³ au moyen d'une guerre civile ⁴.

1. Cicéron, *In Pis*, II, 4.

2. D'après Porcius Latro (*In Catil.*, 19) la loi *Gabinia*. Papinien analyse aussi la conjuration comme crime d'Etat mais lui donne le nom de « *quaestio laesae majestatis* » en usage sous l'Empire. *Dig.*, XLVIII, 4, 8.

3. L'aigle d'argent, les licteurs, etc. Cf. Cic., *Catil.*, I, 24 et Plutarque, *Vie de Cicéron*, XXI *in fine*.

4. Plutarque, *op. cit.*, XXVII.

5. Plutarque, *op. cit.*, XXI *in fine*.

L'analyse des Anciens. — Il n'est nullement surprenant que le mot de *perduellio* ne figure pas dans les sources précitées. Nous sommes en pleine répression coutumière et rappelons que, si nous estimons pouvoir en user, c'est *ad exemplum*, en vertu des textes juridiques qui s'en sont servi avant nous pour définir les faits du genre de ceux reprochés à Catilina et à ses complices.

Au reste, la notion de guerre qui, répétons-le, demeure ici la base légale de la répression, est attestée par les sources¹ comme par les faits et montre bien que telle fut l'analyse des contemporains.

La répression. — Nulle part ce que nous avons dit de la perte *ipso facto* du *jus civitatis* n'apparaît mieux. La loi *Porcia* et les *leges Semproniae* que Cicéron avait brandies avec tant de fougue dans sa seconde action contre Verrès, il les écartera avec la même tranquillité que Verrès lui-même, et pour la même raison : le crime d'Etat dès son accomplissement supprime le *jus civitatis* et rend le criminel *hostis publicus*. Verrès avait appliqué cette théorie à Gavius en tant qu'espion (*speculator*) des Pirates, donc criminel d'Etat. Cicéron, non seulement agira au Consulat de même manière, mais il lèvera les scrupules des sénateurs qui hésitent à le faire et la doctrine oligarchique sera formulée par lui comme un véritable axiome².

1. Salluste, *Catilin.*, XXXI : « Ad hoc maledicta alia cum adderet obstrepere omnes, *Hostem* atque parricidam vocare », *ibid.*, XXXVI... « Senatus Catilinam et Manlium *Hostes* judicat », *ibid.*, L. « Sed eos paulo ante frequens senatus judicaverat contra rempublicam fecisse ».

2. Cicéron, IV^e *Catil.*, V, 10 : « C. Caesar intellegit legem Semproniam esse de civibus Romanis constitutam. *Qui autem rei publicae sit hostis, eum civem nullo modo esse posse* ! »

E. *L'assassinat de Jules César (44 av. J.-C.).*

Il semble, de prime abord, paradoxal de voir dans la mort de César une exécution capitale fondée en droit. Mommsen lui-même ne va pas si loin et se borne à y voir un « forfait » du fanatisme républicain ; nous discuterons son opinion au paragraphe III de ce chapitre. La nôtre est que, si l'on examine les textes de près, la mise à mort de César en 44 av. J.-C. repose sur la même idée que les espèces précédentes et c'est sans hésiter que nous y reconnaissons une base juridique.

Sans doute, les conjurés des Ides de Mars furent-ils poursuivis comme meurtriers¹, mais cela tient à une révolution. Auguste avait bien créé, en effet, un état de choses nouveau, mais eu égard à la légalité républicaine, au *mos majorum*, et au *fas*, c'était lui qui violait le droit encore théoriquement en vigueur.

Les actes de César. — Il suffit d'ouvrir Suétone, « l'historien le plus scrupuleux et le plus précis de l'Antiquité latine », suivant l'appréciation d'un latiniste aussi avisé que M. René Pichon², pour comprendre la monstrueuse aspiration à la tyrannie que représente toute la vie politique de César depuis Pharsale³. A ses nombreux consulats s'ajoute, depuis 63, la qualité de *pontifex maximus*, et l'inviolabilité tribunitienne étendue du rayon légal de 1.000 pas du centre de Rome à tout l'Empire. Déclaré « *curator rei publicae constituendae* » pour dix ans après Thapsus, « *imperator* » à vie après Munda,

1. Cf. Suétone, *Aug. X*, *Dion Cassius*, XLVI-XLIX.

2. R. Pichon, *Histoire de la littérature latine*, p. 706.

3. Cf. Suétone, *Caes. LXXVI*.

il eut sa statue parmi celles des rois, le droit à sépulture *intra pomoerium* et celui de remplacer son siège curule par un trône d'or. En même temps, le culte impérial naissant lui dédie un temple, dit de *Jupiter Julius* et crée en son honneur des *Luperci Juliani*¹.

Le mépris de César pour le Sénat éclatait dans ses propos² comme dans ses mesures législatives³ ; or, nous savons que la vieille doctrine oligarchique réprimait tôt ou tard de telles tendances. Rien de plus célèbre enfin que l'histoire de la couronne qu'il refusa des mains d'Antoine aux fêtes lupercales, tout en faisant enregistrer officiellement son refus, lequel devenait ainsi l'exercice d'un droit dont il aurait pu user différemment, et le blâme censorial infligé aux deux tribuns de la plèbe qui avaient fait arrêter ceux qui saluaient César du titre de roi⁴.

Que César ait été le roi en fait, cela est incontesté. Il n'y a qu'une différence de mots entre la dictature « *rei publicae constituendae* » à vie et l'*imperium ré-*

1. M. Léon Homo, *Institutions politiques romaines*, p. 240, voit une tendance monarchique dans le chant qu'il rapporte des soldats de César, cependant peu respectueuse :

« Rex eris si recte facies.
Si non facies non eris ! »

Cette opinion n'est guère probable. Nous inclinons plutôt à voir là une de ces strophes satiriques permises aux soldats lors du triomphe et qui est peut-être la parodie d'une chanson enfantine :

« Rex erit qui recte faciet.
Qui non faciet non erit ! »

Plusieurs sources littéraires nous rapportent par ailleurs cette chanson d'enfants.

2. Suétone, *Caes.*, LXXVII. « *Nihil esse rempublicam, appellationem modo sine corpore ac specie. Sullam nescisse litteras qui dictaturam deposuerit. Debere homines consideratius jam loqui secum, ac pro legibus habere quae dicat* ».

3. Cf. Suétone, *Caes.*, XLIII sur la *lex repetundarum* spécialement dirigée contre l'ordre sénatorial.

4. Suétone, *Caes.*, LXXIX. Plutarque, *Caes.*, LXVII. Appien, *Guerres civiles*, II, CX.

gium. Qu'à ce pouvoir inouï César ait tenté à la fin de sa vie d'ajouter, ou plutôt de faire ajouter, suivant sa politique habituelle, le titre royal lui-même¹, rien de plus certain ; c'est pourquoi le vieux légitimisme républicain n'y pouvait voir qu'une *perduellio*².

La sacratio. — Comme nous l'avons vu³, non seulement le *jus civitatis*, voire le *jus honorum* faisaient place chez le *perduellis* à l'état d'*hostis publicus*, mais encore quiconque aspirait à la tyrannie encourait la *sacratio capitis*.

« ...*So let it be with Caesar !* »

Il est remarquable que le côté religieux de la répression du crime d'Etat ait été ici rappelé non plus symboliquement comme dans le geste de Scipion Nasica, mais par la bouche de Brutus⁴, invoquant son aïeul légendaire. Au dire de Plutarque, cette fameuse justification faillit être faite par lui en plein sénat et l'épée encore fumante à la main⁵. La sortie éperdue des sénateurs, puis la stupeur du peuple arrêtaient sur ses lèvres une déclaration qui, si le récit de Plutarque est exact, aurait été, pour l'interprète moderne, comme la proclamation finale du parti oligarchique. Mais les sénateurs qui, jadis, montaient à l'assaut de l'Aventin pour assommer

1. Plutarque, *Caes.* *ibid.*

2. Ce fut poussé à bout par l'opinion que Brutus finit par se résoudre à ce qu'il considérait à coup sûr comme son devoir de Romain et de stoïcien. Rien de plus douloureusement admirable que cette grande figure de sectaire et qui ne mérite en rien l'opprobre de l'histoire. C'est ce qu'a compris l'admirable *Julius Caesar* de Shakespeare.

3. Cf. *supra*, aff. *Catilina*.

4. Appien, *Guerres civiles*, II, 119.

5. Plutarque, *Caes.*, LXXIII.

Tiberius Gracchus et sauver la république, s'abandonnaient à côté de cet acte immense sans le comprendre.

Telle fut la mort de Jules César, dictateur et criminel d'Etat, victime non de criminels, mais de réactionnaires d'un autre âge.

§ 3. — SYNTHÈSE DOCTRINALE.

Après cet exposé, une synthèse doctrinale de la répression coutumière du crime d'Etat semblerait aisée. Elle est, en réalité, délicate, et surtout si l'on tient compte de ce que les Anciens ne l'ont point tentée, du moins dans les textes que nous possédons.

Le premier principe, déjà énoncé au paragraphe 1^{er} de ce chapitre, est la transformation, au cas de *perduellio* du citoyen en ennemi, ce qui n'est que la conception continuée du droit de la guerre originaire. Est-ce à dire que la mise hors la loi fonctionne dans tous les cas et que jamais il n'y ait de procédure ?

Telle n'est pas la leçon qui se dégage des textes. Les partisans de Tibérius Gracchus furent admis à se défendre devant leurs juges, et Caius ne fut mis hors la loi que sur son refus de comparaître. Mais lorsque la volonté du criminel rend cette instance impossible ou lorsque son absence¹ ne trouve pas d'excuses, force est au Sénat ou au consul investi par un S. C. ultime de le condamner en dehors des formes. La procédure est une création

1. Sylla y vit-il la base légale de ses proscriptions ? J'inclinerais plutôt à croire que ces exécutions en masse ne lui causèrent pas un tel scrupule juridique, surtout si l'on considère qu'il les interdit pour l'avenir.

De plus, Sylla s'adresse en toute régularité au Sénat en 88 av. J.-C., dans l'affaire de Marius et de son fils déclarés « *hostes* ». Cf. Liv. *Epit.*, 77 : « Ex qua (factione) XII a senatu *hostes*, inter quos C. Marius pater et filius iudicati sunt ».

de l'Etat. Ce que l'Etat a fait, il peut le défaire ; elle demeure donc facultative pour lui et son opportunité devient une pure question morale. Or, il va sans dire que, en présence d'une volonté qui vise à la subversion sociale, la légitime défense de l'Ordre est la seule solution morale admise, et la solution passera dans le Digeste¹.

Cette conception coutumière de la répression du délit politique représente ce que nous appellerions volontiers l'orthodoxie républicaine, c'est-à-dire aristocratique². L'organe naturellement désigné en vue de cette répression coutumière est, par conséquent, le sénat, dont la légitime compétence nous est au reste attestée au II^e siècle par la haute autorité de Polybe³ dans les termes les plus formels. Mommsen⁴ a été jusqu'à donner à cette coutume le terme assez heureux en matière de *perduellio* de « justice martiale ». D'après lui, cette procédure n'entretrait pas dans le véritable droit pénal, opinion qu'il nous est impossible de suivre ; elle n'entre pas dans la loi écrite, soit, mais constitue le plus indiscutable droit coutumier, et c'est à ce titre que Mommsen s'est trompé en lui déniait sa valeur juridique.

Il ne nous est pas possible non plus d'admettre sa thèse sur la *sacratio*, qui se dégage comme le second

1. Paul, *Dig.*, IV, 5, 5, 1. Ont perdu le droit de cité « *quos senatus hostes judicavit* ».

2. Salluste, *Jug.*, 63, 6-7. « *Nobilitas consulatum inter se per manum tradebat* ».

3. Polybe, VI, 13. « *Ομοίως καὶ ὅσα τῶν ἀδικημάτων, τῶν κατ' Ἰταλίαν, διαλύτως ἢ ἐπιτιμῆσεως, ἢ βοηθείας, ἢ φυλακῆς προσδεῖται τούτων πάντων ἐπιμελὲς ἐστὶ τῇ συγκλητῇ.* » et *ibid* *passim* *προδοσίς*...

4. Mommsen, *Dr. pen. rom.*, I, pp. 294-304. Il emploie aussi le terme technique de « procédure consulaire-sénatoriale », définition qui n'est pas romaine, mais peut présenter la valeur d'un cadre didactique.

principe de base dans cette synthèse, et sur lequel la « justice martiale » repose juridiquement. D'après Mommsen¹, le fait que des *sacrae leges* interdisaient de restaurer la royauté ne justifie pas la mise à mort de l'*homor sacer* telle qu'elle fut pratiquée ; la *sacratio* ne serait que « la menace de la peine capitale » et le droit ne permet l'exécution que s'il y a eu une condamnation judiciaire. C'est là poser un principe contraire et, en tout cas, un contresens sur la nature de la *sacratio* dont on se demande, dans le cadre où l'enserme Mommsen, quelle peut être la force obligatoire². Une telle théorie ne tient aucun compte des véritables idées antiques sur la légitimité du tyrannicide³.

La *sacratio* appartient au *fas* et, à ce titre (comme semble le prouver l'intervention de Scipion Nasica contre Tiberius Gracchus) est sans doute d'origine pontificale. Elle consistait en une malédiction divine, vouant aux dieux en général, ou à tel dieu en particulier⁴, le transgresseur de la *lex sacra*. Deux de ses applications intéressent au premier chef la matière du crime politi-

1. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, II, p. 250 et suiv., III, 233 et suiv.

2. Une excellente réfutation de cette théorie a été faite par M. Strachan Davidson, *Problems of the roman criminal law*, I, 18, que nous citons : « The crushing objection to Mommsen's interpretation is that it reduces the action of the legislator to mere childishness. When the Romans laid down concerning the monarch or his abettor « *eum jus fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur* » (Liv. VII, 55, 5) is it possible that they can have intended the futility of granting the slayer immunity only on condition of a proceeding so hopeless as the formal trial of the usurper?... This is so obvious that I think that the roman law authorized tyrannicide would never have been disputed, if this law had not unhappily served to supply a *doctrinaire* motive to the assassins of Caesar.

3. Cf. Lübbert, *Commentationes pontificales*, p. 169 (cité par M. Strachan Davidson, *op. cit.*, p. 18). « Quod lege sanctum erat ut fas esset, cuiusque videretur hominem sacrum interimere, jurisjurandi religione sic firmatum est, ut nefas et piaculum esset, si quis nobuisset ».

4. Cf. textes nombreux cités *supra passim*, et Mommsen, *Dr. pén. romain*, III, 236-237.

que, à savoir celles relatives à la *sacrosancta potestas*¹ des tribuns et l'interdiction de restaurer la royauté ou une magistrature viagère sans *provocatio*².

Ce sont ces deux cas que nous trouvons dans les espèces que nous avons étudiées. Le premier s'applique aux Gracques. Le second, déjà applicable au cas de Spurius Maelius, mais que nous avons négligé, parce qu'à demi-mythique, s'applique aux Gracques, à Saturninus, aux complices de Catilina et surtout à Jules César. Brutus ne se fit d'ailleurs pas faute, en dépit de l'impossibilité où, la déroute des sénateurs après l'exécution de César le mit, de développer la thèse républicaine où elle aurait dû l'être, dans la Curie, d'invoquer la *lex sacrata* et aussi le serment tyrannicide du Brutus antique³. Sur ce serment, les sources sont d'un laconisme que Mommsen a noté⁴. Mais rien ne prouve qu'une affirmation telle aurait été osée par Brutus pour les besoins de la cause, et même semblable hypothèse étonne⁵. D'ailleurs, la glorification des « tyrannoctones » dans les cités grecques montre que ce principe fut celui de toutes les démocraties antiques⁶.

1. Cf. Tite-Live, III, 32. — V, 11.

2. Denys d'Halicarnasse, V, 19, et Tite-Live, II, 1; III, 55.

3. Tite-Live, II, 1. « Populum... jurejurando adegit neminem Romae passuros regnare ».

4. Cf. cependant Appien, *Guerres civ.*, II, 119.

5. Suivant la remarque très fine de M. Strachan Davidson (*op. cit.*, p. 17) : « That Brutus should mention the oath rather than the *sacratio* is natural enough, because it goes further, it establishes not only a justification but an obligation ». Mais l'éminent romaniste n'adopte pas la thèse dubitative de Mommsen.

6. Cf. Glotz, *La Cité grecque*, p. 128.

CHAPITRE IV

LA CODIFICATION CORNELIO-JULIENNE

Ainsi, au 1^{er} siècle av. J.-C., sous les diversités coutumières, législatives, judiciaires, le crime d'Etat est devenu une notion pénale profonde et vivant d'une vie juridique telle qu'elle déborde les textes.

Nous avons vu les premiers essais du législateur : des plébiscites tels que les lois *Mamilia* (110), *Appuleia* (103), *Varia* (91), créent pour des cas concrets une *quaestio*, c'est-à-dire un grand jury criminel présidé par un magistrat ayant l'*imperium*, en général le prêteur¹. Le progrès juridique consistant à induire du particulier au général, il était logique que les *quaestiones* devinssent *perpetuae*, c'est-à-dire permanentes, et l'on sait que ce fut le mérite de Sylla, dictateur « *legibus scribundis* », dit son titre officiel, qui prouve bien à quel degré le droit romain était mûr pour cette cristallisation d'avoir établi parmi ces *quaestiones perpetuae* une *quaestio perpetua majestatis*².

Comme tout le système syllanien, cette loi fut une ébauche sans lendemain. Peut-être aurait-elle eu la for-

1. Le droit archaïque connaît deux types de procédure : la procédure directe devant le magistrat en vertu de l'*imperium* (*cognitio*) et la classique instance en deux parties *in jure* et *in judicio* décrite par Gaius. *Institutes*, IV. La *quaestio* est née de la fusion de ces deux procédures; son point de départ est le privilège du *judicium publicum*, c'est-à-dire, celui qui intéresse l'Etat. Cf. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, I, p. 210 et suiv.

2. Sur la *quaestio* et la *lex Cornelia majestatis*, nous sommes mal renseignés. Cf. Sigonius, *De judiciis*, lib. II, dont nous ne reproduisons pas le

tune de la loi *Julia* si l'essai constitutionnel de Sylla n'eût pas été voué d'avance à un échec, sans doute pour n'avoir pas compris que le véritable cadre dans lequel la monarchie pourrait s'installer à Rome était le tribulat de la Plèbe. Sylla eut beau ôter aux tribuns leurs pouvoirs. L'institution, même vidée de sa substance juridique, demeurait la place à prendre, et Sylla, préférant se conférer à lui-même les titres surannés de la constitution républicaine ou celle d'une dictature passagère par essence ¹, ne la prit point. Sylla mort, c'est du tribulat reconstitué que l'offensive contre son système repartira. Mais la leçon servira à César, puis à Auguste, qui au lieu de dégrader une institution qui s'était prouvée invincible, l'occuperont, s'instituant les chefs de la Plèbe et non ses ennemis ². C'est la même méthode que trois siècles plus tard suivra Constantin dans sa politique religieuse, cumulant les titres d' « évêque extérieur » et de « *pontifex maximus* », politique qui a été de tous temps celle des vrais souverains absolus, et que l'excellence politique du système monarchique permet seule.

Après l'écroulement des *leges Corneliae*, un second essai devint nécessaire ; ce fut l'œuvre de César, qui affermit l'institution des *quaestiones* devenues permanentes en les insérant dans l'*Ordo judiciorum publicorum* ³ et dont la loi *Julia de majestate* se maintint, alors

développement parce que tout conjectural et sans bases textuelles. Un inventaire des *leges Corneliae* a été, de nos jours, dressé par M. Rotondi, *Leges publicae Populi romani*, Milan, 1912.

1. Cf. Plutarque, comp. *Lysandre et Sylla*, 1, 6. « Ο δὲ ἀπαξ αἰρεθεὶς στρατεύματος ἡγεμὼν ἔτη συνεχῶς δέκα, νυν μὲν ὕπατον, νυν δ' ἀνθύπατον, νυν δὲ δικτάτωρα ποιῶν ἑαυτὸν, κ. τ. λ. »

2. Cf. Tacite, *Ann.*, III, 56.

3. Comme le fait observer Mommsen (*Dr. pén. rom.*, I, 224), cette expression se rencontre aussi peu dans les sources, que son terme corrélatif *ordo judi-*

que la loi *Cornelia* avait subi l'échec de toutes les ébauches¹.

La question intéressante est de savoir dans quelle mesure la codification procédurale de Sylla, puis celle de Sylla, puis celle de César, furent des codifications des principes régissant, non seulement les formes, mais le fond du droit en matière de crime d'Etat.

Pour la loi *Cornélia* nos textes sont des plus rares².

Pour la loi *Julia*, ils sont surabondants. C'est d'abord le livre XVIII, titre IV des Pandectes, intitulé *ad legem Juliam majestatis*, sorte de noyau que le fatras des textes juridiques et littéraires du Bas-Empire enveloppe de sa masse considérable. Discriminer dans le chaos byzantin les dispositions qui figuraient dans la loi *Julia* proprement dite est radicalement impossible, tant à cause de

ciorum privatorum; mais elle est indiquée par Paul, *Dig.*, XLVIII, 1, 8 : *ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit*. Nous suivons cette opinion et il va sans dire que nous n'entendons pas le terme d'*ordo judic. public.* comme techniquement romain.

1. D'après Mommsen (*op. cit.*, II, 237) la loi *Julia* se fait d'Auguste. Cette théorie se heurte à Cicéron (*Philipp.*, I, 9, 23) qui attribue formellement une *lex de majestate* à César, loi d'après laquelle la provocation était possible après une condamnation par *quaestio majestatis*.

Prévoyant l'objection, Mommsen conjecture que Cicéron fait ici allusion à une disposition tirée de la *lex judiciorum publicorum* qu'il attribue à César.

La question demeure obscure. Macrobe (*Sat.*, I, 10, 4, cité par Mommsen, *op. cit.*, I, 149, note 5) rattache les trois jours de vacances des Saturnales aux *leges Judicariae* qu'il rattache elles-mêmes à Auguste dans un autre passage (*Sat.*, I, 10, 23) ce qui infirmerait la théorie de Mommsen. Mais même si on rejette le témoignage de Macrobe qui n'est jamais irréprochablement critique, et si l'on attribue à César l'organisation des *judicia publica*, l'existence de la loi dite *Lex Julia majestatis* est attestée au *Digeste* (XLVIII, h. t.) et aucun texte contraire ne l'y attribue à Auguste. C'est pourquoi jusqu'à preuve contraire vraiment solide, il nous paraît que l'auteur de la *Loi Julia* est bien César.

2. Citons cependant trois passages de Cicéron : *In Pis.* XXI, 50. « Educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum injussu Populi aut senatus accedere » étaient des chefs d'inculpation. *Ad.*, III, 11, 2, « ne in quemvis impune declamare liceret » qui est obscur. Carcopino, dans *Sylla ou la monarchie manquée*, Paris, 1931 (p. 137, note 2) pense que la loi de *majestate* de Sylla englobait la diffamation contre les particuliers. Une telle disposition étonne; elle semble pourtant bien résulter du sens des mots,

la pauvreté misérable des sources du 1^{er} siècle que parce que les dispositions du texte primitif devaient viser des cas généraux indéfiniment susceptibles d'extension. Ce caractère élastique du délit politique nous est attesté au 1^{er} siècle par Tacite ¹, et le Digeste lui-même en porte la mention expresse ². C'est dire que, à moins d'une découverte de textes sur le droit public du 1^{er} siècle, aussi rententissante que celle des Institutes de Gaius, en 1816, par Niebuhr à Vérone, pareille œuvre présenterait l'irréfutable facilité de toutes les pures constructions de l'esprit d'hypothèse, et nous ne saurions rien bâtir ici sur le silence des textes.

Une remarque cependant peut être (et doit être) faite sur la codification cornélio-julienne. Elle embrasse les crimes du vieux droit militaire ³, et que nous avons étudiés comme *perduellio* dans la législation antérieure au 1^{er} siècle. Elle embrasse aussi le crime d'hostilité contre l'Etat légitime, et transforme ce crime coutumier en crime légal. Elle embrasse enfin la *majestas* proprement dite, et que nous avons examinée dans sa sphère, la puissance et les droits tribunitiens.

Quelle sera la structure interne de ce grand corps juridique codifié ?

Son nom sera : *crimen majestatis*. Son « espèce » (*species*) la plus grave sera dite « *perduellio* ».

Cette terminologie césarienne est parlante. L'application à l'empereur de la majesté tribunitienne c'est, nous

1. Tacite, *Annales*, III, 38, au sujet d'une accusation de concussion. «... addito majestatis crimine, quod tum omnium accusationum complementum erat ». Sous l'influence politique, le terme de crime d'Etat put sans aucun doute être applicable à n'importe quel délit important.

2. Modestin, *Dig.*, h. t. 7, 4 : « ... Quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicatum est ».

3. Cf. *supra*, les textes de Cicéron sur la loi *Cornelia majestatis*.

l'avons vu, la protection du *fas* et de sa sanction, la *sacratio*, et l'embryon de la monarchie du Bas-Empire. Dans la conception césarienne, la *perduellio* s'insère dans le crime de lèse-majesté. Ce n'est plus une catégorie juridique parallèle, comme sous la République. C'est un cas de *crimen majestatis*, le cas le plus grave, celui de l'atteinte directe à l'Etat sous la forme nouvelle : la personne impériale¹. Comme on le voit, la loi *Julia majestatis* ne fait que continuer la coutume pénale républicaine. Comme elle, elle écarte la loi *Sempronia* et admet que la perte du droit de Cité est entraînée de plein droit, par la commission seule du délit politique, sans qu'un jugement déclaratif soit nécessaire². Cette conception porte la marque de l'éclectisme politique de Jules César ; il fonde le principat sur les bases « sacrosaintes » du tribunat et lui assure ainsi une légitimité plébéienne et la protection des *sacratae leges*. Mais il applique également à sa défense la conception vitale de la république oligarchique. Il était impossible de signifier plus juridiquement que l'Etat de l'avenir, ce n'était plus ni la Plèbe et ses chefs, ni le Sénat et la caste aristocratique ; c'était l'empereur.

1. Cette définition est celle des textes classiques en la matière. Cf. *Dig. Ulp.*, XLVIII, 4, 11. « Perduellionis reus est, hostili animus adversus rem publicam vel principem animatus ».

2. Sous l'empire, la répression du délit politique sera souvent extra-judiciaire. Suite logique de l'arbitraire des oligarques, elle dépendra fréquemment de l'arbitraire impérial.

Vu,
le Doyen,
E. ALLIX

Vu, bon à imprimer :
Le Président de Thèse,
P. COLLINET

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE

Sources juridiques.

Corpus Iuris Civilis. — Edit. Mommsen et Krueger.

Bruns. — *Fontes juris romani antiqui*, 7^e éd. Gradenwitz, 1909.

P. F. Girard. — *Textes de droit romain*, 5^e éd., Paris, Rousseau, 1923.

Sources littéraires.

Ammonius. — *In Perihermeneiam* (dans Busse., Comment. in Aristotelem, IV, 1, Berlin, 1891.)

Appien. — *Guerres civiles.*

Aristote. — *Politique.*

— *Constitution d'Athènes.*

Asconius. — *Commentaires* (Kiessling et Schoell, Milan, 1875.)

Aulu-Gelle. — *Nuits attiques.*

Cicéron. — *Œuvres.*

De viris illustribus urbis Romae.

Denys d'Halicarnasse. — *Antiquités romaines.*

Dion Cassius. — *Histoire romaine.*

Festus. — *De verborum significationis.*

Florus. — *Abrégé de l'histoire romaine.*

Lycurgue. — *Contre Léocrate.*

Macrobe. — *Saturnales.*

Orose (Paul). — *Histoires.*

Porcius Latro. — *In Catilinam.*

Pline l'Ancien. — *Histoire naturelle.*

Pline Le Jeune. — *Lettres.*

Plutarque. — *Vies parallèles.*

— *Œuvres morales.*

Polybe. — *Histoire romaine.*

Rhétorique à Herennius.

Salluste. — *Œuvres.*

Suetone. — *Les XII Césars.*

Corpus inscriptionum Latinarum.

Tacite. — *Œuvres.*

Tite-Live. — *Histoire.*

Valère-Maxime. — *Œuvres.*

Velleius Paterculus. — *Histoire.*

Auteurs modernes.

Cardinali. — *Studi graccani*, I vol., Gênes, 1912.

Carcopino (J.). — *Sylla ou la monarchie manquée*, I vol., Paris, l'Artisan du livre, 1931.

— *Autour des Gracques*, I vol., Paris, Les Belles Lettres, 1932.

Cujas. — *Opera omnia, a Fabroto disposita*, 2 vol., Neap. 1722.

Cuq. — *Manuel des institutions juridiques des romains*, I vol., Paris, 1917.

Daremberg et Saglio. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 8 vol., Paris, (Hachette).

De Francisci. — *Storia del diritto romano.*

Ernout et Meillet. — *Dictionnaire étymologique latin.*

Ferrini (Cintardo). — *Diritto penale Romano*, in-8°, Milan, 1899.

F. P. Girard. — *Organisation judiciaire des romains*, I vol., Paris, Rousseau, 1901.

Geib. — *Geschichte des römischen criminalprocess*, I vol., Leipzig, 1842.

Glötz. — *La cité grecque*, 1 vol., Paris.

— *La solidarité dans la famille dans le droit criminel en Grèce*, I vol., Paris, Fontemoing, 1904.

Ihering (von). — *Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 4 vol., Paris, 1877-78.

Lévy (Ernest). — *Kapitalstrafe*, Heidelberg Akademie, 1932-33.

Marquardt. — *Le culte*, trad., Brissaud, 2 vol., Paris, 1892.

Mommsen. — *Droit public romain*, trad. P.-F. Girard, 7 vol., Paris, Fontemoing, 1892.

— *Droit pénal romain*, trad. Duquesne, Paris, Fontemoing 1907.

- Niebuhr.** — *Römische Geschichte*, 2 vol., Berlin, 1811-12.
- Païs (Ettore).** — *Storia critica di Roma*, 4 vol., Rome, 1913-1915.
- Pernice.** — *Zeitschrift der Savigny für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1912.
- Pauly-Wissowa.** — *Real Encyclopädie der classischen altertumswissensch.* Stuttgart, 1916.
- Pothier.** — *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae*, 3 vol., in fol. Paris, 1748-52.
- Pichon.** — *Histoire de la littérature latine*, 1 vol., Paris, Hachette, 1921.
- Rotondi.** — *Leges publicae populi romani*, Milan, 1912.
- Sigonius.** — *Opera omnia, cum notis variorum illustrium virorum et ejusdem vita a Muratorio*, 6 vol., in fol., Milan, 1732-1737.
- Strachan Davidson.** — *Problems of the roman criminal law*, 2 vol., Oxford, 1912.
- Visscher (de).** — *Etudes de droit romain*, 1 vol., Paris, Sirey, 1931.
- Walter.** — *Geschichte des römische Rechts bis auf Iustinian*. 2 vol., Bonn, 1834.
- Willems.** — *Droit public romain*, Louvain, 7^e éd., 1910.
-

TABLE DES MATIÈRES

<i>Avant-propos</i>	1
<i>Chapitre Premier — Les origines du crime d'Etat</i>	3
§ 1. Les données historiques.....	4
§ 2. Le passage de Tite-Live, I, 26	8
<i>Chapitre II. — Les principes romains.</i>	24
§ 1. Les traces législatives	27
§ 2. Les traces judiciaires	33
§ 3. Une création tribunitienne voisine : le <i>crimen majestatis</i>	44
<i>Chapitre III. — Le crime d'Etat dans sa répression coutumière.</i>	53
§ 1. Les principes	53
§ 2. Les paradigmes	56
a) Tiberius Gracchus (133).	56
b) Caius Gracchus (124-122)	63
c) Saturninus (100).	69
d) Les complices de Catilina (63).....	72
e) L'assassinat de Jules César (44).	74
§ 3. Synthèse doctrinale	77
<i>Chapitre IV. — La codification cornélio-julienne.</i>	81
<i>Bibliographie.</i>	87
<i>Table analytique des matières.</i>	91

Bordeaux. — Imprimerie Bière, 18, rue du Peugue. — 1934.
